المهذب
في
فقه الإمام الشافعي

تأليف

أبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف

الفيروزابادي الشيرازي

المتوفى سنة ٤٧٦ هـ

وبذيل صحائفه :

النظم المستعذب في شرح غريب المهذب

لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي

رحمهما الله



الطبعة الثانية
١٣٧٩ هـ = ١٩٥٩ م

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب العتق

العتق قربة مندوب إليه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار حتى فرجه بفرجه» ولا يصح إلا من مطلق التصرف فى المال لأنه تصرف فى المال كالبيع والهبة فإن أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف لم يصح عتقه لأنه لا يملكه فى أحد القولين ويملكه فى الثانى إلا أنه يبطل به حق البطن الثانى فلم يصح وإن أعتق المريض عبدا وعليه دين يستغرقه لم يصح لأن العتق فى المرض وصية فلم يصح مع الدين وإن أعتق العبد الجانى فعلى ما ذكرناه فى العبد المرهون :

(فصل) ويصح بالصريح والكناية وصريحه العتق والحرية لأنه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللغة والكناية كقوله سيبتك وخليتك وحبلك على غاربك ولا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك وأنت لله وأنت طالق وما أشبهها لأنها تحتمل العتق فوقع بها العتق مع النية وفى قوله فككت رقبتك وجهان أحدهما أنه صريح لأنه ورد به القرآن قال الله سبحانه «فك رقبة» والثانى أنه كناية لأنه يستعمل فى العتق وغيره وإن قال لأمته أنت على كظهر أمى ونوى العتق ففيه وجهان أحدهما تعتق لأنه لفظ يوجب تحريم الزوجة فكان كناية فى العتق كسائر الطلاق والثانى لا تعتق لأنه لا يزيل الملك فلم يكن كناية فى العتق بخلاف الطلاق :

(ومن كتاب العتق)

العتق مأخوذ من السبق يقال عتقت منى يمين أى سبقت : وعتقت الفرس إذا سبقت. وعتق فرخ الطائر إذا طار واستقل. وكأن المعتق خلى فذهب حيث شاء ذكره القتيبي . يقال عتق العبد يعتق عتاقا وعتاقة وعتقا فهو معتق وعتيق . ولا يقال معتوق. وخص الرقبة بالعتق والملك دون سائر الأعضاء لأن ملك العبد كالحبل فى الرقبة وكالغل يحبس به، كما تحبس الدابة بالحبل فى عنقها ولهذا كنوا بالحبل فى العتق فقالوا حبلك على غاربك، جعله بمنزلة البعير يطرح حبله على غاربه فيذهب حيث يشاء ولا يوثق. والغارب ما بين السنام والعنق قال الشاعر :

فلما عصيت العاذلين فلم أطع مقالتهم ألقوا على غاربى حبلى

(قوله بالصريح) هو الخالص من كل شىء وصريح العتق ضد الكناية التى ليست بلفظ خالص (قوله الحرية) هى أيضا بمعنى الخالص يقال طين حر أى خالص لا حجر فيه وحر الرمل الذى لا تراب فيه يقال حر يحر بفتح الحاء فى المستقبل مصدره الحرار والحرورية أيضا بالفتح قال :

فما رد تزويج عليه شهادة ولا رد من بعد الحرار عتيق

فكأنه خالص من رق العبودية :

(فصل) وإن كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه فإن كان موسرا قوم عليه نصيب شريكه وعتق لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد فإن كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رق وإن كان بين مسلم وكافر عبد مسلم فأعتق الكافر حصته وهو موسر فالمنصوص أنه يقوم عليه فمن أصحابنا من قال إذا قلنا إن الكافر لا يملك العبد المسلم لم يقوم عليه لأن التقويم يوجب التمليك ومنهم من قال يقوم عليه قولا واحدا لأنه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات ويخالف البيع لأن القصد منه التمليك وفى ذلك صغار على الإسلام والقصد من التقويم العتق ولا صغار فيه فإن كان نصف العبد وقفا ونصفه طلقا فأعتق صاحب الطلق نصيبه لم يقوم عليه الوقف لأن التقويم يقتضى التمليك والوقف لا يملك ولأن الوقف لا يعتق بالمباشرة فلأن لا يعتق بالتقويم أولى.

(فصل) وتجب قيمة النصيب عند العتق لأنه وقت الاتلاف ومتى يعتق فيه ثلاثة أقوال: أحدها يعتق فى الحال فإن كانت جارية فولدت كان الولد حرا لما روى أبو المليح عن أبيه أن رجلا أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك وفى بعضها فأجاز عتقه والثانى أنه يقع بدفع القيمة فإن كان جارية فولدت كان نصف الولد حرا ونصفه مملوكا لما روى سالم عن أبيه يبلغ به النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه فإن كان موسرا يقوم عليه ولا وكس ولا شطط ثم يعتق ولأنه عتق بعوض فلا يتقدم على العوض كعتق المكاتب والثالث أنه مراعى فإن دفع العوض حكمنا بأنه عتق فى الحال وإن لم يدفع حكمنا بأنه لم يعتق لأنا إذا أعتقناه فى الحال أضررنا بالشريك فى إتلاف ماله قبل أن يسلم له العوض وإن لم نعتقه أضررنا بالعبد فى إبقاء أحكام الرق عليه فإذا قلنا إنه مراعى لم يكن على كل واحد منهما ضرر فإن دفع القيمة كان حكمه حكم القول الأول وإن لم يدفع كان حكمه حكم القول الثانى فإن بذل المعتق القيمة أجبرنا الشريك على قبضها وإن طلب الشريك أجبرنا المعتق على دفعها فإن أمسك الشريك عن الطلب والمعتق عن الدفع وقلنا إن العتق يقف على الدفع فللعبد أن يطالب المعتق بالدفع والشريك بالقبض ليصل إلى حقه فإن أمسك الجميع فللحاكم أن يطالب بالدفع والقبض لما فى العتق من حق الله تعالى فإن أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه يعتق لأنه عتق صادف ملكه والثانى وهو المذهب أنه لا يعتق لأن العتق مستحق من جهة المعتق والولاء مستحق له فلا يجوز إبطاله عليه:

(فصل) وإن كان بين اثنين جارية فأحبلها أحدهما ثبت حرمة الاستيلاد فى نصيبه وفى نصيب الشريك الأقوال التى ذكرناها فى العتق لأن الاستيلاد كالعتق فى إيجاب الحرية فكان كالاعتاق فى التقويم والسراية.

(فصل) وإن اختلف المعتق والشريك فى قيمة العبد والبينة متعذرة فإن قلنا إنه يسرى فى الحال فالقول قول المعتق لأنه غارم لما استهلكه فكان القول قوله كما لو اختلفا فى قيمة ما أتلفه بالجناية وإن قلنا لا يعتق إلا بدفع القيمة فالقول قول الشريك لأن نصيبه باق على ملكه فلا ينزع منه إلا بما يقر به كالمشترى فى الشفعة وإن ادعى الشريك أنه كان يحسن صنعة تزيد بها القيمة فأنكر المعتق ففيه طريقان من أصحابنا من قال هو كالاختلاف فى قيمة وفيه قولان ومنهم من قال القول قول المعتق قولا واحدا لأن الظاهر معه والشريك يدعى صنعة الأصل عدمها وإن ادعى المعتق عيبا فى العبد ينقص به القيمة وأنكر الشريك ففيه طريقان أيضا من أصحابنا من قال هو كالاختلاف فى القيمة فيكون على قولين ومنهم من قال القول قول

(قوله أعطى شركاءه حصصهم) الحصة النصيب وجمعها حصص. وتحاص القوم يتحاصون إذا اقتسموا حصصا وكذا المحاصة (قوله صغار على الإسلام) أى ذل وقهر (قوله لا وكس ولا شطط) الوكس النقصان. والبخس. وقد وكس الشيء يكس وقد وكست فلانا نقصته. وقد وكس فلان فى تجارته وأوكس أيضا على ما لم يسم فاعله فيهما أى خسر. والشطط الجور والزيادة أى لا نقصان ولا زيادة قال الله تعالى «وأنه كان يقول سفيهنا على الله شططا» أى جورا ومعناه لا يزيد فى قيمته فيكون جورا وأصله البعد يقال شطت الدار أى بعدت ومنه قوله تعالى «لقد قلنا إذا شططا» أى قولا بعيدا عن الحق (قوله مراعى) من راعيت الأمر أى نظرت ما يصير إليه (قوله والبينة متعذرة) أى متعسرة تعذر الأمر أى تعسر.

الشريك قولا واحدا لأن الظاهر معه والمعتق يدعى عيبا الأصل عدمه :

(فصل) وإن كان المعتق معسرا عتق نصيبه وبقى نصيب الشريك على الرق والدليل عليه حديث ابن عمر رضى الله عنه و لافقد عتق منه ما عتق ورق منه مارق ولأن تنفيذ العتق لدفع الضرر عن العبد فلو أعتقنا نصيب الشريك لأضررنا به لأنا نتلف ماله ولا يحصل له عوض والضرر لا يزال بالضرر ولهذا لو حضر الشفيع وهو معسر لم يأخذ بالشفعة لأنه يزيل الضرر بالضرر وإن كان موسرا بقيمة البعض عتق منه بقدره لأن ماوجب بالاستهلاك إذا عجز عن بعضه وجب ماقدر عليه كبدل المتلف وإن كان معه قيمة الحصة وعليه دين يستغرق مامعه ففيه قولان بناء على القولين فى الدين هل يمنع وجوب الزكاة فإن قلنا لا يمنع وجب عليه العتق وإن قلنا يمنع لم يجب العتق .

(فصل) وإن ملك عبدا فأعتق بعضه سرى إلى الباقى لأنه موسر بالقدر الذى يسرى إليه فسرى إليه كما لو أعتق شركا له فى عبد وهو موسر .

(فصل) وإن أوصى بعتق شرك له فى عبد فأعتق عنه لم يقوم عليه نصيب شريكه وإن احتمله الثلث لأنه بالموت زال ملكه فلا ينفذ إلا فيما استثناه بالوصية وإن وصى بعتق نصيبه بأن يعتق عنه نصيب شريكه والثلث يحتمله قوم عليه وأعتق عنه الجميع لأنه فى الوصية بالثلث كالحى فإذا قوم على الحى قوم على الميت بالوصية :

(فصل) وإن كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فأعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما فى وقت واحد وكانا موسرين قوم نصيب الشريك عليهما بالسوية لأن التقويم استحق بالسراية فقسط على عدد الرءوس كما لو اشترك اثنان فى جراحة رجل فجرحه أحدهما جراحة والآخر جراحات :

(فصل) وإن كان له عبدان فأعتق أحدهما بعينه ثم أشكل أمر بأن يتذكر فإن قال أعتقت هذا قبل قوله لأنه أعرف بما قال فإن اتهمه الآخر حلف لجواز أن يكون كاذبا فإن نكل حلف الآخر وعتق العبدان أحدهما بإقراره والآخر بالنكول واليمين وإن قال هذا بل هذا عتقا جميعا لأنه صار راجعا عن الأول مقرا بالثانى فإن مات قبل أن يبين رجع إلى قول الوارث لأن له طريقا إلى معرفته فإن قال الوارث لا أعلم فالمنصوص أنه يقرع بينهما لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فرجع إلى القرعة ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر أنه يوقف إلى أن ينكشف لأن القرعة تفضى إلى أن يرق من أعتقه ويعتق من أرق فوجب أن يوقف إلى أن يتبين والأول هو الصحيح لأن البيان قد فات والوقوف يضر بالوارث فى رقيقه وبالحر فى حق نفسه :

(فصل) وإن أعتق عبدا من أعبد أخذ بتعيينه وله أن يعين من شاء فإن قال هو سالم بل غانم عتق سالم ولم يعتق غانم لأنه تخير لتعيين عتق فإذا عينه فى واحد سقط خياره فى الثانى ويخالف القسم قبله لأن ذلك إخبار لا خيار له فيه فلم يسقط حكم خبره فإن مات قبل أن يعين ففيه وجهان أحدهما لا يقوم الوارث مقامه فى التعيين كما لا يقوم مقامه فى تعيين الطلاق فى إحدى المرأتين فعلى هذا يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق والثانى يقوم مقامه وهو الصحيح لأنه خيار ثابت يتعلق بالمال فقام الوارث فيه مقامه كخيار الشفعة والرد بالعيب :

(فصل) ومن ملك أحد الوالدين وإن علوا أو أحد المولودين وإن سفلوا عتقوا عليه لقوله تعالى «تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا وما ينبغى للرحمن أن يتخذ ولدا إن كل من فى السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبدا» فنفى الولادة مع العبودية فدل على أنهما لا يجتمعان ولأن الولد بعض منه فيصير كما لو ملك بعضه وإن ملك بعضه فإن كان بسبب من جهته كالبيع والهبة وهو موسر قوم عليه الباقى لأنه عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق بعض عبد وإن كان بغير سبب من جهته كالارث لم يقوم عليه لأنه عتق من غير سبب من جهته وإن ملك من سوى الوالدين والمولودين من الأقارب لم يعتق عليه لأنه لا بعضية بينهما فكانوا كالأجانب وإن وجد من يعتق عليه مملوكا فالمستحب أن يشتريه ليعتق عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولا يجب عليه ذلك لأنه استجلاب مال لقربة لم يتقدم وجوبها فلم يجب كشراء المال للزكاة وإن وصى للمولى عليه بأبيه فإن كان لا يلزمه نفقته وجب على الولى قبوله لأنه يعتق

(قوله وتخر الجبال هدا) خر سقط من أعلى إلى أسفل . والهد : هد البناء وإزالته . هد البناء يهده هدا هدمه وضعضعه :

عليه فيحصل له جمال عاجل وثواب آجل من غير إضرار وإن كان تلزمه نفقته لم يجب قبوله لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته وفى ذلك إضرار فلم يجز وإن وصى له ببعضه فان كان معسرا لزمه قبوله لأنه لاضرر عليه من جهة التقويم ولا من جهة النفقة وإن كان موسرا والأب ممن تلزمه نفقته لم يجب قبوله لأنه تلزمه نفقته وفى ذلك إضرار وإن كان لاتلزمه نفقته ففيه قولان أحدهما لايجوز قبوله لأن ملكه يقتضى التقويم وفى ذلك إضرار والثانى يلزم قبوله ولايقوم عليه لأنه يعتق عليه بغير اختياره فلم يقوم عليه كما لو ملكه بالإرث •

(باب القرعة)

والقرعة أن تقطع رقاع متساوية ويكتب فى كل رقعة مايراد إخراجه وتجعل فى بنادق من طين متساوية الوزن والصفة وتجفف وتغطى بشىء ثم يقال لرجل لم يحضر الكتابة والبندقة أخرج بندقة ويعمل بما فيها فان كان القصد عتق الثلث جزئوا ثلاثة أجزاء وإن كان القصد عتق الربع جزئوا أربعة أجزاء وإن كان القصد عتق النصف جزئوا جزءين وتعدل السهام فان كان القصد عتق الثلث فان كان عددهم وقيمتهم متساوية فان كانوا ستة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة جعل كل اثنين جزءا ثم الحاكم بالخيار بين أن يكتب فى الرقاع الأسماء ويخرج الأسماء على الحرية والرق وبين أن يكتب الرق والحرية ويخرج على الأسماء فان اختار كتب الأسماء كتب كل اسمين فى رقعة فان شاء أخرج القرعة على الحرية فإذا خرجت القرعة باسم اثنين عتقا ورق الباقون وإن شاء أخرج على الرق فاذا خرجت رق من فيها ثم يخرج قرعة أخرى على الرق فاذا خرجت رق من فيها ويعتق الباقيان والاخراج على الحرية أولى لأنه أقرب إلى فصل الحكم فإن اتفق العدد واختلفت القيم وأمكن تعديل العدد بالقيمة بأن يكونوا ستة قيمة اثنين أربعمائة وقيمة اثنين سمائة وقيمة اثنين مائتان جعل اللذان قيمتهما أربعمائة جزءا وضم أحد العبدين المقومين بسمائة إلى أحد العبدين المقومين بمائتين ويجعل العبدان الآخران جزءا ويخرج القرعة على ماذكرناه من الوجهين وإن اختلفت قيمتهم ولم يتفق عددهم بأن كانوا ثمانية قيمة واحد مائة وقيمة ثلاثة مائة وقيمة أربعة مائة عدلوا بالقيمة فيجعل العبد جزءا والثلاثة جزءا والأربعة جزءا فان خرجت قرعة العتق على العبد عتق ورق السبعة وإن خرجت على الثلاثة عتقوا ورق الخمسة وإن خرجت على الأربعة عتقوا ورق الأربعة لأنه لايمكن تعديلهم بغير القيمة فعدلوا بالقيمة وعلى هذا لو كانوا اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان جعلا جزءين وأقرع بينهما فان خرجت قرعة العتق على المقوم بمائة عتق جميعه ورق الآخر وإن خرجت على المقوم بمائتين عتق نصفه ورق نصفه وجميع الآخر فان اتفق العدد واختلفت القيم فان عدل بالعدد اختلفت القيم وإن عدل بالقيمة اختلف العدد بأن كانوا ستة قيمة واحد مائة وقيمة اثنين مائة وقيمة ثلاثة مائة فالمنصوص أنهم يعدلون بالقيمة فيجعل العبد جزءا والعبدان جزءا والثلاثة جزءا وتخرج القرعة على ماذكرناه من الوجهين ومن أصحابنا من قال يعدلون بالعدد فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءا ويضم أحد الثلاثة إلى المقوم بمائة فيجعلان جزءا وقيمتهما مائة وثلث ويجعل الآخران جزءا وقيمتهما ثلثمائة وأقرع بينهم فان خرجت القرعة على المقومين بالمائة وقد استكملا الثلث ورق الباقون وإن خرجت على العبدين المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة عتقا رق الأربعة الباقون ويقرع بين العبدين اللذين خرجت القرعة عليهما لأنهما أكثر من الثلث فلم ينفذ العتق فيهما فان أقرع فخرجت القرعة على المقوم بمائة عتق ورق الآخر وإن خرجت على المقوم بثلث المائة عتق وعتق من الآخر الثلثان لاستكمال الثلث ورق الباقى والصحيح هو المنصوص عليه لأن فيما قال هذا القائل يحتاج إلى إعادة القرعة وتبعيض الرق والحرية فى شخص واحد فان اختلف العدد والقيم ولم يمكن التعديل بالعدد ولا بالقيمة بأن كانوا خمسة وقيمة أحدهم مائة وقيمة الثانى مائتان وقيمة الثالث ثلثمائة وقيمة الرابع أربعمائة وقيمة الخامس خمسمائة ففيه قولان

(من باب القرعة)

القرعة مأخوذة من قرعته إذا كففته كأنه كف الخصوم بذلك . ومنه سميت المقرعة لأنه يكف بها الدابة (قوله البندقة) هى عمل البنادق وهى كبب صغار من طين أوشمع (قوله أقرب إلى فصل الحكم) أى إلى قطعه من فصل العضو إذا قطعه، من المفصل . والفيصل الحاكم . وفصلت الشىء فانفصل أى قطعته فانقطع (قوله التعديل) هو التسوية من قولهم فلان عدل فلان

أحدهما أنه يكتب أسماؤهم فى رقاع بعددهم ثم يخرج على العتق فان خرج المقوم بخمسمائة وهو الثلث عتق ورق الأربعة وإن خرج المقوم بأربعمائة عتق وقد بقى من الثلث مائة فيخرج اسم آخر فان خرج اسم المقوم بثلثمائة عتق منه ثلثه ورق باقيه والثلاثة الباقون وعلى هذا القياس يعمل فى كل مايخرج والقول الثانى أنهم يجزءون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد فيجعل المقوم بخمسمائة جزءا ويجعل المقوم بثلثمائة والمقوم بالمائتين جزءا ويجعل المقوم بأربعمائة والمقوم بمائة جزءا ثم يخرج القرعة ويعتق من فيها وهو الثلث ويرق الباقون لأن النبى صلى الله عليه وسلم جزأهم ثلاثة أجزاء :

(فصل) قال الشافعى وإن أعتق ثلاثة أعبد لامال له غيرهم فمات واحد ثم مات السيد أقرع بين الحيين والميت فان خرج سهم الحرية على الميت رق الاثنان وحكم من خرج عليه سهم الحرية حكم الأحرار منذ خوطب بالعتق إلى أن مات وكان له ما اكتسب واستفاد بإرث وغيره وإن خرج سهم الحرية على أحد الحيين لم يعتق منه إلا ثلثاه لأن الميت قبل موت سيده مات عبدا فلم يكن له حكم ماخلف السيد وإن مات المعتق ولم يقرع بينهم حتى مات اثنان أقرع بين الحى والميتين فان خرج بينهم العتق على الحى عتق كله وأعطى كل مااستفاد من يوم خوطب بالعتق ورق الميتان :

(فصل) إذا أعتق فى مرضه ستة أعبد لامال له غيرهم فأعتق اثنان بالقرعة ثم ظهر مال يحتمل أن يعتق آخران جعل الأربعة جزءين وأقرع بينهم وأعتق منهم اثنان .

(فصل) وإن أعتق فى مرضه أعبدا له ومات وعليه دين يستغرق التركة لم ينفذ العتق لأن العتق فى المرض وصية فلا ينفذ إلا فى ثلث ما فضل بعد قضاء الدين وإن استغرق نصفها جعل التركة جزءين ويكتب فى رقعة دين وفى رقعة تركة وإن استغرق الثلث جعلوا ثلاثة أجزاء فى رقعة دين وفى رقعتين تركة ويقرع بينهم فمن خرجت عليه قرعة الدين بيع فى الدين وماسواه يجعل ثلاثة أجزاء ويعتق منه الثلث لأنه اجتمع حق الدين وحق التركة وحق العتق وليس بعضها بالبيع والارث والعتق بأولى من البعض وللقرعة مدخل فى تمييز العتق من غيره فأقرع بينهم :

(فصل) وإن أعتقهم ومات وأقرع بينهم وأعتق الثلث ثم ظهر دين مستغرق لم ينفذ العتق لما ذكرناه فان قال الورثة نحن نقضى الدين وننفذ العتق ففيه وجهان أحدهما أن لهم ذلك لأن المنع من نفوذ العتق لأجل الدين فاذا قضى الدين زال المنع والثانى أنه ليس لهم ذلك لأنهم تقاسموا العبيد بالقرعة وقد تعلق بهم حق الغرماء فلم يصح كما لو تقاسم شريكان ثم ظهر شريك ثالث فعلى هذا يقضى الدين ثم يستأنف العتق وإن كان الدين يستغرق نصف التركة فهل يبطل العتق بالجميع فيه وجهان أحدهما يبطل كما قلنا فى قسمة الشريكين والثانى يبطل بقدر الدين لأن بطلانه بسببه فيقدر بقدره فان كان الذى أعتق عبدين عتق من كل واحد منهما نصفه ورق النصف ثم يقرع بينهما لجمع الحرية فان خرجت القرعة لأحدهما وكانت قيمتهما سواء عتق وبيع الآخر فى الدين وإن كانت قيمة أحدهما أكثر فخرجت القرعة على أكثرهما قيمة عتق منه نصف قيمة العبدين ورق باقيه والعبد الآخر وإن خرجت على أقلهما قيمة عتق وعتق من الثانى تمام النصف وبيع الباقى فى الدين .

(باب المدبر)

التدبير قربة لأنه يقصد به العتق ويعتبر من الثلث فى الصحة والمرض : لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال المدبر من الثلث ولأنه تبرع يتنجز بالموت فاعتبر من الثلث كالوصية فان دبر عبدا وأوصى بعتق آخر وعجز الثلث عنهما أقرع بينهما ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يقدم المدبر لأنه يعتق بالموت والموصى بعتقه لايعتق بالموت والصحيح هو الأول لأن لزومهما بالموت فاستويا .

أى مساويه . والعدل أحد الحملين لأنه مساو للآخر (قوله يستغرق التركة) يذهب بها . وأصله من الغرق فى الماء، وقد ذكر والتركة مايتركه الميت بعده وقد ذكر (قوله بقدره) القدر ههنا المبلغ أى يعتق منه مبلغ الحصة .

(من باب المدبر)

قال القتيبى التدبير مأخوذ من الدبر لأنه عتق بعد الموت . والموت دبر الحياة : وقيل مدبر . ولهذا قالوا اعتق عبده عن دبر منه أى بعد الموت (قوله يتنجز بالموت) أى يتعجل وقد ذكره

(فصل) ويصح من السفيه لأنه إنما منع من التصرف حتى لايضيع ماله فيفتقر وبالتدبير لايضيع ماله لأنه باق على ملكه وإن مات استغنى عن المال وحصل له الثواب وهل يصح من الصبى المميز فيه قولان أحدهما أنه يصح لما ذكرناه فى السفيه والثانى لايصح وهو الصحيح لأنه ليس من أهل العقود فلم يصح تدبيره كالمجنون :

(فصل) والتدبير هو أن يقول إن مت فأنت حر فان قال دبرتك أو أنت مدبر ونوى العتق صح وإن لم ينو فالمنصوص فى المدبر أنه يصح . وقال فى المكاتب إذا قال كاتبتك على كذا وكذا لم يصح حتى يقول فإذا أديت أنت حر فمن أصحابنا من نقل جوابه فى المدبر إلى المكاتب وجوابه فى المكاتب إلى المدبر وجعلهما على قولين أحدهما أنهما صريحان لأنهما موضوعان للعتق فى عرف الشرع والثانى أنهما كنايتان فلا يقع العتق بهما إلا بقرينة أو نية لأنهما يستعملان فى العتق وغيره ومنهم من قال فى المدبر صريح وفى المكاتب كناية ولم يذكر فرقا يعتمد عليه :

(فصل) ويجوز مطلقا وهو أن يقول إن مت فأنت حر ويجوز مقيداً وهو أن يقول إن مت من هذا المرض أو فى هذا البلد فأنت حر لأنه عتق معلق على صفة فجاز مطلقا ومقيدا كالعتق المعلق على دخول الدار ويجوز تعليقه على شرط بأن يقول إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى كما يجوز أن يعلق العتق المعلق على دخول الدار بشرط قبله فان وجد الشرط صار مدبرا وإن لم يوجد الشرط حتى مات السيد لم يصر مدبرا لأنه علق التدبير على صفة وقد بطلت الصفة بالموت فسقط ما علق عليه .

(فصل) ويجوز تدبير المعتق بصفة كما يجوز أن يعلق عتقه عن صفة أخرى فان وجدت الصفة قبل الموت عتق بالصفة وبطل التدبير به وإن مات قبل وجود الصفة عتق بالتدبير وبطل العتق بالصفة ويجوز تدبير المكاتب كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة فإذا دبره صار مكاتبا مدبرا ويستحق العتق بالكتابة والتدبير فان أدى المال قبل موت عتق بالكتابة وبطل التدبير وإن مات قبل الأداء فان كان يخرج من الثلث عتق بالتدبير وبطلت الكتابة وإن لم يخرج جميعه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من مال الكتابة بقدره وبقى الباقى على الكتابة ولايجوز تدبير أم الولد لأن الذى يقتضيه التدبير هو العتق بالموت وقد استحقت ذلك بالاستيلاد فلم يفد التدبير شيئا فاذا دبرها ومات عتقت بالاستيلاد من رأس المال :

(فصل) ويجوز تدبير الحمل كما يجوز فى بعض عبد كما يجوز عتقه ويجوز فى العتق فان كان بين رجلين عبد فدبر أحدهما نصيبه وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليصير الجميع مدبرا فيه قولان أحدهما يقوم عليه لأنه أثبت له شيئا يفضى إلى العتق لامحالة فأوجب التقويم كما لو استولد جارية بينه وبين غيره والثانى وهو المنصوص أنه لا يقوم عليه لأن التقويم إنما يجب بالاتلاف كالعتق أو بسبب يوجب الاتلاف كالاستيلاد والتدبير ليس بإتلاف ولا سبب يوجب الاتلاف لأنه يمكن نقضه بالتصرف فلم يوجب التقويم فان كان له عبد فدبر بعضه فالمنصوص أنه لايسرى إلى الباقى ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يسرى فيصير الجميع مدبرا ووجههما ما ذكرناه فى المسألة قبلها فان كان عبد بين اثنين فدبراه بأن قال كل واحد منهما إذا مت فأنت حر جاز كما لو أعتقاه فان أعتق أحدهما نصيبه بعد التدبير وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليعتق فيه قولان منصوصان أحدهما لا يقوم عليه لأن لنصيب شريكه جهة يعتق بها فاستغنى عن التقويم ولأنا إذا قومناه على المعتق أبطلنا على شريكه ما ثبت له من العتق والولاء بحكم التدبير والثانى يقوم عليه ليصير الكل حرا لأن المدبر كالقن فى الملك والتصرف فكان كالقن فى التقويم والسراية فان كان بين نفسين عبد فقالا إذا متنا فأنت حر لم يعتق حصة واحد منهما إلا بموته وموت شريكه فإن ماتا معا عتق عليهما بوجود الصفة فان مات أحدهما قبل الآخر انتقل نصيب الميت إلى وارثه ووقف عتقه على موت الآخر فاذا مات الآخر عتق فان قالا أنت حبيس على آخرنا موتا فالحكم فيها كالحكم فى المسألة قبلها إلا فى فصل واحد وهو أن فى المسألة الأولى إذا مات أحدهما انتقل نصيب الميت إلى وارثه إلى أن يموت الآخر وفى هذه إذا مات أحدهما كان منفعة نصيبه موصى بها للآخر إلى أن يموت لقوله أنت حبيس على آخرنا موتا فاذا مات الآخر عتق .

(قوله يفضى إلى العتق لامحالة) يفضى يئول ويصير. ولامحالة لابد يقال الموت آت لامحالة ذكره الجوهرى وميمها زائدة وألفها منقلبة عن واو من باب حول (قوله أنت حبيس على آخرنا موتا) أى عتقك محبوس حتى يموت آخرنا

(فصل) ويملك المولى بيع المدبر لما روى جابر رضى الله عنه أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر منه ولم يكن له مال غيره فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فبيع بسبعمائة أو بتسعمائة ويملك هبته ووقفه وكتابته قياسا على البيع ويملك أكسابه ومنافعه وأرش ما يجني عليه لأنه لما كان كالعبد القن فى التصرف فى الرقبة كان كالقن فيما ذكرناه وإن جنى خطأ تعلق الأرش برقبته وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع وبين أن يفديه كما يفدى العبد القن لأنه كالقن فى جواز بيعه فكان كالقن فى جواز التسليم للبيع والفداء وإن مات السيد قبل أن يفديه فان قلنا لا يجوز عتق الجانى لم يعتق وللوارث الخيار بين التسليم للبيع وبين الفداء كالسيد فى حياته وإن قلنا يجوز عتق الجانى عتق من الثلث ووجب أرش الجناية من التركة لأنه عتق بسبب من جهته فتعلق الأرش بتركته ولا يجب إلا أقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية لأنه لا يمكن تسليمه للبيع بعد العتق .

(فصل) وإن كان المدبر جارية فأتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها فى التدبير فيه قولان أحدهما يتبعها لأنها تستحق الحرية فتبعها الولد كأم الولد فعلى هذا إن ماتت الأم فى حياة المولى لم يبطل التدبير فى الولد والثانى لا يتبعها لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر إلى الولد كالرهن والوصية وإن دبرها وهى حامل تبعها الولد قولا واحدا كما يتبعها فى العتق وإن دبر عبدا ثم ملكه جارية فأتت منه بولد لحقه نسبه لأنه يملكها فى أحد القولين وله فيها شبهة فى القول الثانى لاختلاف الناس فى ملكه فان قلنا لا يملك الجارية فالولد مملوك للمولى لأنه ولد أمته وإن قلنا يملكها فالولد ابن المدبر ومملوكه لأنه من أمته وهل يكون مدبرا فيه وجهان أحدهما أنه ليس بمدبر لأن الولد إنما يتبع الأم دون الأب والأم غير مدبرة والثانى أنه مدبر لأنها علقت به فى ملكه فكان كالأب كولد الحر من أمته .

(فصل) ويجوز الرجوع فى التدبير بما يزيل الملك كالبيع والهبة المقبوضة لما رويناه من حديث جابر رضى الله عنه وهل يجوز بلفظ الفسخ كقوله فسخت ونقضت ورجعت فيه قولان أحدهما أنه يجرى مجرى الوصية فيجوز له فسخه بلفظ الفسخ وهو اختيار المزنى لأنه تصرف يتنجز بالموت يعتبر من الثلث فهو كالوصية والثانى أنه يجرى مجرى العتق بالصفة فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ وهو الصحيح لأنه عتق علقه على صفة فهو كالعتق بالصفات وإن وهبه ولم يقبضه فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال إن قلنا إنه كالوصية فهو رجوع وإن قلنا إنه كالعتق بالصفة فليس برجوع لأنه لم يزل الملك ومنهم من قال هو رجوع على القولين لأنه تصرف يفضى إلى زوال الملك وإن كاتبه فان قلنا إن التدبير كالوصية كان رجوعا كما لو أوصى بعبد ثم كاتبه وإن قلنا إنه كالعتق بالصفة لم يكن رجوعا بل يصير مدبرا مكاتبا وحكمه ما ذكرناه فيمن دبر مكاتبا وإن دبره ثم قال إن أديت إلى وارثى ألفا فأنت حر فان قلنا إنه كالوصية كان ذلك رجوعا فى التدبير لأنه عدل عن العتق بالموت إلى العتق بأداء المال فبطل التدبير ويتعلق العتق بالأداء وإن قلنا إنه كالعتق بالصفة وخرج من الثلث عتق بالتدبير وسقط حكم الأداء بعده لأنه علق عتقه بصفة متقدمة ثم علقه بصفة متأخرة فعتق بأسبقهما وأسبقهما الموت فعتق به وإن دبر جارية ثم أولدها بطل التدبير لأن العتق بالتدبير والاستيلاد فى وقت واحد والاستيلاد أقوى فأسقط التدبير .

(فصل) ويجوز الرجوع فى تدبير البعض كما يجوز التدبير فى الابتداء فى البعض وإن دبر جارية فأتت بولد من نكاح أو زنا وقلنا إنه يتبعها فى التدبير ورجع فى تدبير الأم لم يتبعها الولد فى الرجوع وإن تبعها فى التدبير كما أن ولد أم الولد يتبعها فى حق الحرية ثم لا يتبعها فى بطلان حقها من الحرية بموتها وإن دبرها الصبى وقلنا إنه يصح تدبيره فان قلنا يجوز الرجوع بلفظ الفسخ جاز رجوعه لأنه لا حجر عليه فى التدبير فجاز رجوعه فيه كالبالغ وإن قلنا لا يجوز الرجوع إلا بتصرف يزيل الملك لم يصح الرجوع فى تدبيره إلا بتصرف يزيل الملك من جهة الولى .

(فصل) وإن دبر عبده ثم ارتد فقد قال أبو إسحاق لا يبطل التدبير فان مات عتق العبد لأنه تصرف نفذ قبل الردة فلم تؤثر الردة فيه كما لو باع ماله ثم ارتد ومن أصحابنا من قال يبطل التدبير لأن المدبر إنما يعتق إذا حصل للورثة شىء مثلاه وهاهنا لم يحصل للورثة شىء فلم يعتق ومنهم من قال يبنى على الأقوال فى ملكه فان قلنا يزول ملكه بالردة بطل لأنه زال ملكه فيه فأشبه إذا باعه وإن قلنا لا يزول لم يبطل كما لو لم يدبر وإن قلنا موقوف فالتدبير موقوف وما قال أبو إسحاق غير صحيح لأنه ارتد والمدبر على ملكه فزال

(قوله عن دبر منه) أى بعد موته وإدبار حياته أو من الدبر وهو نقيض القبل أى فى إدبار الحياة لا فى إقبالها كله مأخوذ من أدبر إذا ولى وذهب (قوله لأنه عدل عن الحق) أى مال يقال عدل إذا مال وعدل إذا استقام من الأضداد .

بالردة بخلاف مالو باعه قبل الردة وقال الآخر لا يصح لأن ماله بالموت صار للمسلمين وقد حصل لهم مثلاه .

(فصل) وإن دبر الكافر عبدا كافرا ثم أسلم العبد ولم يرجع السيد فى التدبير ففيه قولان أحدهما يباع عليه وهو اختيار المزنى لأنه يجوز بيعه فبيع عليه كالعبد القن والثانى لا يباع عليه وهو الصحيح لأنه لا حظ للعبد فى بيعه لأنه يبطل به حقه من الحرية فعلى هذا هو بالخيار بين أن يسلمه إلى مسلم وينفق عليه إلى أن يرجع فى التدبير فيباع عليه أو يموت فيعتق عليه وبين أن يخارجه على شيء لأنه لا سبيل إلى قراره فى يده فلم يجز إلا ما ذكرناه فإن مات السيد وخرج من الثلث عتق وإن لم يخرج عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقى على الورثة لأنه صار قنا .

(فصل) وإن اختلف السيد والعبد فادعى العبد أنه دبره وأنكر السيد فإن قلنا إن التدبير كالعتق بالصفة صح الاختلاف لأنه لا يمكن الرجوع فيه والقول قول السيد لأن الأصل أنه لم يدبر وإن قلنا إنه كالوصية ففيه وجهان أحدهما أن القول قول السيد لأن جحوده رجوع وهو يملك الرجوع والثانى أنه ليس برجوع وهو المذهب لأنه قال فى الدعوى والبينات إذا أنكر السيد قلنا له قل رجعت ولا يحتاج إلى اليمين فدل على أن جحوده ليس برجوع والدليل عليه أن جحود الشيء ليس برجوع كما أن جحود النكاح ليس بطلاق فعلى هذا يصح الاختلاف والحكم فيه كالحكم فيه إذا قلنا إنه عتق بالصفة وإن مات السيد واختلف العبد والوارث صح الاختلاف على القولين والقول قول الوارث وإن كان فى يده مال فقال كسبته بعد العتق وقال الوارث بل كسبته قبل العتق فالقول قول المدبر لأن الأصل عدم الكسب إلا فى الوقت الذى وجد فيه وقد وجد وهو فى يد المدبر فكان له وإن كان أمة ومعها ولد فادعت أنها ولدته بعد التدبير وقال الوارث بل ولدته قبل التدبير فالقول قول الوارث لأن الأصل فى الولد الرق .

(فصل) ويجوز تعليق العتق على صفة مثل أن يقول إن دخلت الدار فأنت حر وإن أعطيتنى ألفا فأنت حر لأنه عتق على صفة فجاز كالتدبير فإن قال ذلك فى المرض اعتبر من الثلث لأنه لو أعتقه اعتبر من الثلث فإذا عقده اعتبر من الثلث وإن قال ذلك وهو صحيح اعتبر من رأس المال سواء وجدت الصفة وهو صحيح أو وجدت وهو مريض لأن العتق إنما يعتبر من الثلث فى حال المرض لأنه قصد إلى الاضرار بالورثة فى حال يتعلق حقهم بالمال وههنا لم يقصد إلى ذلك فإن علق العتق على صفة مطلقة ثم مات بطل لأن تصرف الإنسان مقصور على حال الحياة فحمل إطلاق الصفة عليه وإن علق عتقه على صفة بعد الموت لم يبطل بالموت لأنه يملك العتق بعد الموت فى الثلث فملك عقده على صفة بعد الموت .

(فصل) وإن علق عتق أمة على صفة ثم أتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها الولد فيه قولان كما قلنا فى المدبر فإن بطلت الصفة فى الأم بموتها أو بموته بطلت فى الولد لأن الولد يتبعها فى العتق لا فى الصفة بخلاف ولد المدبرة فإنه يتبعها فى التدبير فإذا بطل فيها بقى فيه وإن قال لأمته أنت حرة بعد موتى بسنة فمات السيد وهى تخرج من الثلث فللوارث أن يتصرف فى كسبها ومنفعتها ولا يتصرف فى رقبتها لأنها موقوفة على العتق فإن أتت بولد بعد موت السيد فقد قال الشافعى رحمه الله يتبعها الولد قولا واحدا فمن أصحابنا من قال فيه قولان كالولد الذى تأتى به قبل الموت والذى قاله الشافعى رحمه الله أحد القولين ومنهم من قال يتبعها الولد قولا واحدا لأنها أتت به وقد استقر عتقها بالموت فيتبعها الولد كأم الولد بخلاف ما قبل الموت فإن عتقها غير مستقر لأنه يلحقه الفسخ .

(فصل) وإن علق عتق عبده على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول لأنه كاليمين أو كالنذر والرجوع فى الجميع لا يجوز ويجوز الرجوع فيه بما يزيل الملك كالبيع وغيره . فإن علق عتقه على صفة ثم باعه ثم رجع إليه فهل يعود حكم الصفة فيه قولان بناء على القولين فيمن علق طلاق امرأته على صفة وبانت منه ثم تزوجها وإن دبر عبده ثم باعه ثم رجع إليه فإن قلنا إن التدبير كالوصية لم يرجع لأن الوصية إذا بطلت لم تعد وإن قلنا إنه كالعتق بصفة فهل يعود أم لا على ما ذكرناه من القولين .

(قوله كالعبد القن) الخالص العبودية ليس بمكاتب ولا مدبر ولا علق عتقه على شرط : وقيل القن أن يملك هو وأبوه

(قوله وبين أن يخارجه على شيء) أى يجعل عليه خراجا يؤديه . والخرج والخراج الاتاوة وقد ذكر .

﴿ كتاب المكاتب ﴾

الكتابة جائزة لقوله تعالى « والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا » ولاتجوز الكتابة إلا من جائز التصرف فى المال لأنه عقد على المال فلم يجز إلا من جائز التصرف فى المال كالبيع ولا يجوز أن يكاتب عبدا أجيرا لأن الكتابة تقتضى التمكين من التصرف والإجارة تمنع من ذلك ولا يجوز أن يكاتب عبدا مرهونا لأن الرهن يقتضى البيع والكتابة تمنع البيع وتجوز كتابة المدبر وأم الولد لأنه عتق بصفة يجوز أن تتقدم على الموت فجاز فى المدبر وأم الولد كالعتق المعلق على دخول الدار فإن كاتب مدبرا صار مكاتبا ومدبرا وقد بينا حكمه فى المدبر وإن كاتب أم ولد صارت مكاتبة وأم ولد فإن أدت المال قبل موت السيد عتقت بالكتابة وإن مات السيد قبل الأداء عتقت بالاستيلاد وبطلت الكتابة .

(فصل) وتجوز كتابة بعض العبد إذا كان باقيه حرا لأنه كتابة على جميع مافيه من الرق فأشبه كتابة العبد فى جميعه وإن كان عبد بين اثنين فكاتبه أحدهما فى نصيبه بغير إذن شريكه لم يصح لأنه لايعطى من الصدقات ولا يمكنه الشريك من الاكتساب بالأسفار وإن كاتبه بإذن شريكه ففيه قولان أحدهما لايصح لما ذكرناه من نقصان كسبه والثانى يصح لأن المنع لحق الشريك فزال بالإذن وإن كان لرجل عبد فكاتبه فى بعضه فالمنصوص أنه لايصح واختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم إلى أنه لايصح قولا واحدا كما لايصح أن يبعض العتق فيه ومنهم من قال إذا قلنا إنه يصح أن يكاتب نصيبه فى العبد المشترك بإذن الشريك صح ههنا لأن اتفاقهما على كتابة البعض كاتفاق الشريكين فإن وصى رجل بكتابة عبد وعجز الثلث عن جميعه فالمنصوص أنه يكاتب القدر الذى يحتمله الثلث فمن أصحابنا من جعل فى الجميع قولين ومنهم من قال يصح فى الوصية وقد فرق بينه وبين العبد المشترك بأن الكتابة فى العبد المشترك غير مستحقة فى جميعه والكتابة فى الوصية استحقت فى جميعه فإذا تعذرت فى البعض لم تسقط فى الباقى .

(فصل) وإن طلب العبد الكتابة نظرت فإن كان له كسب وأمانة استحب أن يكاتب لقوله عز وجل والذين يبتغون الكتابة مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا وقد فسر الخير بالكسب والأمانة ولأن المقصود بالكتابة العتق على مال وبالكسب والأمانة يتوصل إليه ولا يجب ذلك لأنه عتق فلا يجب بطلب العبد كالعتق فى غير الكتابة وإن لم يكن له كسب ولا أمانة أوله كسب بلا أمانة لم تستحب لأنه لا يحصل المقصود بكتابته ولا تكره لأنه سبب للعتق من غير إضرار فلم تكره وإن كان له أمانة بلا كسب ففيه وجهان أحدهما أنه لاتستحب لأن مع عدم الكسب يتعذر الأداء فلا يحصل المقصود والثانى تستحب لأن الأمين يعان ويعطى من الصدقات وإن طلب السيد الكتابة فكره العبد لم يجبر عليه لأنه عتق على مال فلا يجبر العبد عليه كالعتق على مال فى غير الكتابة .

(فصل) ولا يجوز إلا بعوض مؤجل لأنه إذا كاتبه على عوض حال لم يقدر على أدائه فينفسخ العقد ويبطل المقصود ولا يجوز على أقل من نجمين لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه أنه غضب على عبد له وقال لأعاقبنك ولأكاتبنك على نجمين فدل على أنه لا يجوز على أقل من ذلك وعن على كرم الله وجهه أنه قال الكتابة على نجمين والإيتاء من الثانى ولا يجوز إلا على نجمين معلومين وأن يكون مايؤدى فى كل نجم معلوما لأنه عوض منجم فى عقد فوجب العلم بمقدار النجم ومقدار مايؤديه فيه كالسلم إلى أجلين .

(ومن كتاب المكاتب)

أصل الكتابة الضم والجمع ومنه سميت الكتابة لما فيها من جمع النجوم وضم بعضها إلى بعض والمكاتب يجمع المال ويضمه ومنه كتب المزادة إذا ضم بين جانبيها بالخرز . والكتبة موضع الخرز جمعها كتب قال ذو الرمة :

« مسلسل ضيعته بينها الكتب » ومنه كتب الكتاب إذا جمع الحروف وضم بعضها إلى بعض وكل شىء ضممت بعضه إلى بعض فقد كتبته وسميت النجوم فى الكتابة وغيرها لأنها مأخوذة من تأجيل الدين إلى طلوع نجم معلوم عندهما ووقت معروف بينهما للأداء كطلوع الثريا والسماك وشبههما يقال نجمت عليه المال إذا أديته نجوما أى جعلت لأدائه أوقاتا من الزمان يعلم كل وقت منها بطلوع نجم

(فصل) ولا يجوز إلا على عوض معلوم الصفة لأنه عوض فى الذمة فوجب العلم بصفته كالمسلم فيه .

(فصل) وتجوز الكتابة على المنافع لأنه يجوز أن تثبت فى الذمة بالعقد فجاز الكتابة عليها كالمال فان كاتبه على عملين فى الذمة فى نجمين جاز كما يجوز على مالين فى نجمين وإن كاتبه على خدمة شهرين لم يجز لأن ذلك نجم واحد وإن كاتبه على خدمة شهر ثم على خدمة شهر بعده لم يجز لأن العقد فى الشهر الثانى على منفعة معينة فى زمان مستقبل فلم يجز كما لو استأجره للخدمة فى شهر مستقبل وإن كاتبه على دينار وخدمة شهر بعده لم يجز لأنه لا يقدر على تسليم الدينار فى الحال وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار فى نجم بعده جاز لأنه يقدر على تسليم الخدمة فهو مع الدينار كالمالين فى نجمين وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق لا يجوز لأنه إذا لم يفصل بينهما صار نجما واحدا ومنهم من قال يجوز لأنه يستحق الدينار فى غير الوقت الذى يستحق فيه الخدمة وإنما يتصل استيفاؤهما فعلى هذا لو كاتبه على خدمة شهر ودينار فى نصف الشهر جاز لأنه يستحق الدينار فى غير الوقت الذى يستحق فيه الخدمة .

(فصل) وإن كاتب رجلان عبدا بينهما على مال بينهما على قدر الملكين وعلى نجوم واحدة جاز وإن تفاضلا فى المال مع تساوى الملكين أو تساويا فى المال مع تفاضل الملكين أو على أن نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر أو على أن نجم أحدهما أطول من نجم الآخر ففيه طريقان من أصحابنا من قال يبنى على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد بإذن شريكه فان قلنا يجوز جاز وإن قلنا لا يجوز لم يجز لأن اتفاقهما على الكتابة ككتابة أحدهما فى نصيبه بإذن الآخر وعلى هذا يدل قول الشافعى رحمه الله تعالى فانه قال فى الأم ولو أجزت لأجزت أن ينفرد أحدهما بكتابة نصيبه فدل على أنه إذا جاز ذلك جاز هذا وإن لم يجز ذلك لم يجز هذا ومنهم من قال لا يصح قولا واحدا لأنه يؤدى إلى أن ينتفع أحدهما بحق شريكه من الكسب لأنه يأخذ أكثر مما يستحق وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعد ما انتفع به .

(فصل) ولا يصح على شرط فاسد لأنه معاوضة يلحقها الفسخ فبطلت بالشرط الفاسد كالبيع ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع .

(فصل) وإذا انعقد العقد لم يملك المولى فسخه قبل العجز لأنه أسقط حقه منه بالعوض فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض كالبيع ويجوز للعبد أن يمتنع من أداء المال لأن مالا يلزمه إذا لم يجعل شرطا فى عتقه لم يلزمه إذا جعل شرطا فى عتقه كالنوافل وهل يملك أن يفسخ فيه وجهان من أصحابنا من قال لا يملك لأنه لا ضرر عليه فى البقاء على العقد ولا فائدة له فى الفسخ فلم يملكه ومنهم من قال له أن يفسخ لأنه عقد لحظه فملك أن ينفرد بالفسخ كالمرتهن فان مات المولى لم يبطل العقد لأنه لازم من جهته فلم يبطل بالموت كالبيع وينتقل المكاتب إلى الوارث لأنه مملوك لا يبطل رقه بموت المولى فانتقل إلى وارثه كالعبد القن وإن مات العبد بطل العقد لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد كالمبيع إذا تلف قبل القبض ولا يجوز شرط الخيار فيه لأن الخيار لدفع الغبن عن المال والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك لأنه يبيع ماله بماله والعبد مخير بين أن يدفع المال وبين أن لا يدفع فلا معنى لشرط الخيار فان اتفقا على الفسخ جاز لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال فجاز فسخه بالتراضى كالبيع .

(باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه)

ويملك المكاتب بالعقد اكتساب المال بالبيع والاجارة والصدقة والهبة والأخذ بالشفعة والاحتشاش والاصطياد وأخذ المباحات وهو مع المولى كالأجنبى مع الأجنبى فى ضمان المال وبذل المنافع وأرش الأطراف لأنه صار بما بذله له من العوض عن رقبته كالخارج عن ملكه ويملك التصرف فى المال بما يعود إلى مصلحته ومصلحة ماله فيجوز أن ينفق على نفسه لأن ذلك من أهم المصالح وله أن يفدى فى حياته نفسه أو رقيقه لأن له فيه مصلحة وله أن يختن غلامه ويؤدبه لأنه إصلاح للمال وأما الحد فالمنصوص أنه لا يملك إقامته لأن طريقه الولاية والمكاتب ليس من أهل الولاية ومن أصحابنا من قال له أن يقيم الحد كما يملك الحر فى عبده وله أن يقتص فى الجناية عليه وعلى رقيقه وذكر الربيع قولا آخر أنه لا يقتص من غير إذن المولى ووجهه أنه ربما عجز فيصير

ذلك للسيد فيكون قد أتاف الأرش الذى كان للسيد أن يأخذه لو لم يقتص منه قال أصحابنا هذا القول من تخريج الربيع والمذهب أنه يجوز أن يقتص لأن فيه مصلحة له :

(فصل) وإن كان المكاتب جارية فوطئها المولى وجب عليه المهر ولها أن تطالب به لتستعين به على الكتابة لأنه يجرى مجرى الكسب وإن أذهب بكارتها لزمه الأرش لأنه إتلاف جزء لا يستحقه فضمن بدله كقطع الطرف وإن أتت منه بولد صارت مكاتبة وأم ولد وقد بينا حكمهما فى أول الباب وإن كانت مكاتبة بين اثنين فأولدها أحدهما نظرت فان كان معسرا صار نصيبه أم ولد وفى الولد وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن الولد ينعقد جميعه حرا ويثبت للشريك فى ذمة الواطئ نصف قيمته لأنه يستحيل أن ينعقد نصف الولد حرا ونصفه عبدا والثانى وهو قول أبى إسحاق أن نصفه حر ونصفه مملوك وهو الصحيح اعتبارا بقدر ما يملك منه ولا يمتنع أن ينعقد نصفه حرا ونصفه عبدا كالمرأة إذا كان نصفها حرا ونصفها مملوكا فأتت بولد فان نصفه حر ونصفه عبد وإن كان موسرا فالولد حر وصار نصيبه من الجارية أم ولد ويقوم على الواطئ نصيب شريكه وهل يقوم فى الحال فيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما يقوم فى الحال فإذا قوم انفسخت الكتابة وصار جميعها أم ولد للواطئ ونصفها مكاتبا له فان أدت المال عتق نصفها وسرى إلى باقيها والقول الثانى أنه يؤخر التقويم إلى العجز فان أدت ما عليها اعتقت عليهما بالكتابة وإن عجزت قوم على الواطئ نصيب شريكه وصار الجميع أم ولد وقال أبو على بن أبى هريرة لا يقوم فى الاستيلاد نصيب الشريك فى الحال قولا واحدا بل يؤخر إلى أن تعجز لأن التقويم فى العتق فيه حظ للعبد لأنه يتعجل له الحرية فى الباقى ولا حظ لها فى التقويم فى الاستيلاد بل الحظ فى التأخير لأنه إذا أخر ربما أدت المال فعتقت وإذا قوم فى الحال صارت أم ولد ولا تعتق إلا بالموت والصحيح هو الأول وأنه على قولين كالعتق لأن الاستيلاد كالعتق بل هو أقوى لأنه يصح من المجنون والعتق لا يصح منه فاذا كان فى التقويم فى العتق قولان وجب أن يكون فى الاستيلاد مثلاه :

(فصل) وإن أتت المكاتبة بولد من نكاح أو زنا ففيه قولان أحدهما أنه موقوف فان رقت الأم رق وإن عتقت عتق لأن الكتابة سبب يستحق به العتق فتبع الولد الأم فيه كالاستيلاد والثانى أنه مملوك يتصرف فيه لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر إلى الولد كالرهن فان قلنا إنه للمولى كان حكمه حكم العبد القن فى الجناية والكسب والنفقة والوطء وإن قلنا إنه موقوف فقتل ففى قيمته قولان أحدهما أنها للأم تستعين بها فى الكتابة لأن القصد بالكتابة طلب حظها والثانى أنها للمولى لأنه تابع للأم وقيمة الأم للمولى فكذلك قيمة ولدها فان كسب الولد مالا ففيه قولان أحدهما أنه للأم لأنه تابع لها فى حكمها فكسبه لها فكذلك كسب ولدها والثانى أنه موقوف لأن الكسب نماء الذات وذاته موقوفة فكذلك كسبه فعلى هذا يجمع الكسب فإن عتق ملك الكسب كما تملك الأم كسبها إذا عتقت وإن رق بعجز الأم صار الكسب للمولى فمن أصحابنا من خرج فيه قولا ثالثا أنه للمولى كما قلنا فى قيمته فى أحد القولين وإن أشرفت الأم على العجز وكان فى كسب الولد وفاء بمال الكتابة ففيه قولان أحدهما أنه ليس للأم أن تستعين به على الأداء لأنه موقوف على السيد أو الولد فلم يكن للأم فيه حق والثانى أن لها أن تأخذه وتؤديه لأنها إذا أدت عتقت وعتق الولد فكان ذلك أحظ للولد من أن ترق ويأخذه المولى فان احتاج الولد إلى النفقة ولم يكن فى كسبه ما يفى فان قلنا إن الكسب للمولى فالنفقة عليه وإن قلنا إنه للأم فالنفقة عليها وإن قلنا إنه موقوف ففى النفقة وجهان أحدهما أنها على المولى لأنه مرصد لملكه والثانى أنها فى بيت المال لأن المولى لا يملكه فلم يبق إلا بيت المال وإن كان الولد جارية فوطئها المولى فان قلنا إن كسبه له لم يجب عليه المهر لأنه لو وجب لكان له وإن قلنا إنه للأم فالمهر لها وإن قلنا إنه موقوف وقف المهر وإن أحبلها صارت أم ولد بشبهة الملك ولا تلزمه قيمتها لأن القيمة تجب لمن يملكها والأم لا تملك رقبتها وإنما هى موقوفة عليها :

(فصل) وإن حبس السيد المكاتب مدة ففيه قولان أحدهما يلزمه تخليته فى مثل تلك المدة لأنه دخل فى العقد على التمكين من التصرف فى المدة فلزمه الوفاء به والثانى تلزمه أجرة المثل للمدة التى حبسه فيها وهو الصحيح لأن المنافع لا تضمن بالمثل وإنما تضمن بالأجرة وإن قهر أهل الحرب المكاتب على نفسه مدة ثم أفلت من أيديهم ففيه قولان أحدهما لا تجب تخليته

(قوله مرصد لملكه) أى مترقب يقال رصدت فلانا أرصده أى ترقبته وانتظرته ومنه قوله تعالى «إن جهنم كانت مرصادا» أى معدة لهم ترتقبهم (قوله ثم أفلت من أيديهم) بفتح الهمزة واللام يقال أفلت وتفلت وانفلت بمعنى وأفلته غيره

فى مثل المدة لأنه لم يكن الحبس من جهته والثانى تجب لأنه فات ما استحقه بالعقد ولا فرق بين أن يكون بتفريط أو غير تفريط كالمبيع إذ هلك فى يد البائع ولا يجىء ههنا إيجاب الأجرة على المولى لأنه لم يكن الحبس من جهته فلا تلزمه أجرته :

(فصل) ولا يملك المكاتب التصرف إلا على وجه النظر والاحتياط لأن حق المولى يتعلق باكتسابه فإن أراد أن يسافر فقد قال فى الأم يجوز وقال فى الأمالى لا يجوز بغير إذن المولى فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لا يجوز لأن فيه تغريرا والثانى يجوز لأنه من أسباب الكسب ومنهم من قال إن كان السفر طويلا لم يجز وإن كان قصيرا جاز وحمل القولين على هذين الحالين والصحيح هو الطريق الأول :

(فصل) ولا يجوز أن يبيع نسيئة وإن كان بأضعاف الثمن ولا على أن يأخذ بالثمن رهنا أو ضمينا لأنه يخرج المال من يده من غير عوض والرهن قد يتلف والضمين قد يفلس وإن باع ما يساوى مائة بمائة نقدا وعشرين نسيئة جاز لأنه لا ضرر فيه ولا يجوز أن يقرض ولا يضارب ولا يرهن لأنه إخراج مال بغير عوض :

(فصل) ولا يجوز أن يشترى من يعتق عليه لأنه يخرج مالا يملك التصرف فيه بما لا يملك التصرف فيه وفى ذلك إضرار وإن وصى له بمن يعتق عليه فإن لم يكن له كسب لم يجز قبوله لأنه يحتاج أن ينفق عليه وفى ذلك إضرار وإن كان له كسب جاز قبوله لأنه لا ضرر فيه فإن قبله ثم صار زمنا لا كسب له فله أن ينفق عليه لأن فيه إصلاحا لماله :

(فصل) ولا يعتق ولا يكاتب ولا يهب ولا يحابى ولا يبرىء من الدين ولا يكفر بالمال ولا ينفق على أقاربه الأحرار ولا يسرف فى نفقة نفسه وإن كان له أمة مزوجة لم تبذل العوض فى الخلع لأن ذلك كله استهلاك للمال وإن كان عليه دين مؤجل لم يملك تعجيله لأنه يقطع التصرف فيما يعجله من المال من غير حاجة وإن كان مكاتبا بين نفسين لم يجز أن يقدم حق أحدهما لأن ما يقدمه من ذلك يتعلق به حقهما فلا يجوز أن يخص به أحدهما وإن أقر بجناية خطأ ففيه قولان أحدهما يقبل لأنه إقرار بالمال فقبل كما لو أقر بدين معاملة والثانى لا يقبل لأنه يخرج به الكسب من غير عوض فبطل كالهبة وإن جنى هو أو عبد له يملك بيعه على أجنبى لم يجز أن يفديه بأكثر من قيمته لأن الفداء كالابتياع فلا يجوز بأكثر من القيمة وإن كان عبدا لا يملك بيعه كالأب والابن لم يجز أن يفديه بشىء قل أو كثر لأنه يخرج ما يملك التصرف فيه لاستبقاء ما لا يملك التصرف فيه :

(فصل) وإن فعل ذلك كله بإذن المولى ففيه قولان أحدهما لا يصح لأن المولى لا يملك ما فى يده والمكاتب لا يملك ذلك بنفسه فلا يصح باجتماعهما كالأخ إذا زوج أخته الصغيرة بإذنها والثانى أنه يصح وهو الصحيح لأن المال موقوف عليهما ولا يخرج منهما فصح باجتماعهما كالشريكين فى المال المشترك والراهن والمرتهن فى الرهن وإن وهب للمولى أو حاباه أو أقرضه أو ضاربه أو عجل له ما تأجل من ديونه أو فدى جنايته عليه بأكثر من قيمته فإن قلنا يصح للأجنبى بإذن المولى صح وإن قلنا لا يصح فى حق الأجنبى بإذنه لم يصح لأن قبوله كالإذن فإن وهب أو أقرض وقلنا إنه لا يصح فله أن يسترجع فإن لم يسترجع حتى عتق لم يسترجع على ظاهر النص لأنه إنما لم يصح لنقصانه وقد زال ذلك ومن أصحابنا من قال له أن يسترجع لأنه قد وقع فاسدا فثبت له الاسترجاع :

(فصل) ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن المولى لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر ولأنه يلزمه المهر والنفقة فى كسبه وفى ذلك إضرار بالمولى فلم يجز بغير إذنه فإن أذن له المولى جاز قولا واحدا للخبر ولأن الحاجة تدعو إليه بخلاف الهبة :

(فصل) ولا يتسرى بجارية من غير إذن المولى لأنه ربما أحبلها فتلفت بالولادة فإن أذن له المولى وقلنا إن العبد يملك ففيه طريقان من أصحابنا من قال على قولين كالهبة ومنهم من قال يجوز قولا واحدا لأنه ربما دعت الحاجة إليه فجاز كالنكاح فإن

(قوله فهو عاهر) العاهر الزانى يقال عهر يعهر عهورا وعهارة إذا زنى وفجر (قوله ولا يتسرى بجارية) ذكر فى المهذب فى اشتقاق التسرى ثلاثة أوجه من السرى وهو الجودة أو من السر وهو الجماع أو من سراة الأديم وهو وسط الظهر . وذكر الجوهرى وجها آخر أنه مشتق من السرور وهو الفرح . وأصله تسررت فأبدلت الراء الأخرى ياء كما قالوا تظنيت فى تظننت

أولدها فالولد لابنه ومملوكه لأنه ولد جاريته وتلزمه نفقته لأنه مملوكه بخلاف ولد الحرة ولا يعتق عليه لنقصان ملكه فإن أدى المال عتق معه لأنه كمل ملكه وإن رق رق معه :

(فصل) ويجب على المولى الايتاء وهو أن يضع عنه جزءا من المال أو يدفع إليه جزءا من المال لقوله عزوجل «وآتوهم من مال الله الذى آتاكم» وعن على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى هذه الآية يحط عنه ربع الكتابة والوضع أولى من الدفع لأنه يتحقق الانتفاع به فى الكتابة واختلف أصحابنا فى القدر الواجب فمنهم من قال مايقع عليه الاسم من قليل وكثير وهو المذهب لأن اسم الايتاء يقع عليه وقال أبو إسحاق يختلف باختلاف قلة المال وكثرته فإن اختلفا قدره الحاكم باجتهاده كما قلنا فى المتعة فإن اختار الدفع جاز بعد العقد للآية وفى وقت الوجوب وجهان أحدهما يجب بعد العتق كما تجب المتعة بعد الطلاق والثانى أنه يجب قبل العتق لأنه إيتاء وجب للمكاتب فوجب قبل العتق كالإيتاء فى الزكاة ولا يجوز الدفع من غير جنس مال الكتابة لقوله تعالى «وآتوهم من مال الله الذى آتاكم» فإن دفع إليه من جنسه من غير ما أداه إليه ففيه وجهان أحدهما يجوز كما يجوز فى الزكاة أن يدفع من غير المال الذى وجب فيه الزكاة والثانى لا يجوز وهو الصحيح للآية وإن سبق المكاتب وأدى المال لزم المولى أن يدفع إليه لأنه مال وجب للآدمى فلم يسقط من غير أداء ولا إبراء كسائر الديون وإن مات المولى وعليه دين خاص المكاتب أصحاب الديون ومن أصحابنا من قال يحاص أصحاب الوصايا لأنه دين ضعيف غير مقدر فسوى بينه وبين الوصايا والصحيح هو الأول لأنه دين واجب فحاص به الغرماء كسائر الديون وبالله التوفيق :

(باب الأداء والعجز)

ولا يعتق المكاتب ولا شىء منه وقد بقى عليه شىء من المال لما روى عمرو بن شعيب رضى الله عنه عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال المكاتب عبد ما بقى عليه من كتابته درهم ولأنه عاق عتقه على دفع مال فلا يعتق شىء منه مع بقاء جزء منه كما لو قال لعبده إن دفعت إلى ألفا فأنت حر فإن كاتب رجلان عبدا بينهما ثم أعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما عليه من مال الكتابة عتق نصيبه لأنه برىء من جميع ماله عليه فعتق كما لو كاتب عبدا فأبرأه فإن كان المعتق موسرا فقد قال أصحابنا يقوم عليه نصيب شريكه كما لو أعتق شركا له فى عبد وعندى أنه يجب أن يكون على قولين أحدهما يقوم عليه والثانى لا يقوم كما قلنا فى شريكين دبرا عبدا ثم أعتق أحدهما نصيبه أنه على قولين أحدهما يقوم والثانى لا يقوم فإذا قلنا إنه يقوم عليه ففى وقت التقويم قولان أحدهما يقوم فى الحال كما نقول فيمن أعتق شركا له فى عبد والثانى يؤخر التقويم إلى أن يعجز لأنه قد ثبت للشريك حق العتق والولاء فى نصيبه فلا يجوز إبطاله عليه وإن كاتب عبده ومات وخلف اثنين فأبرأه أحدهما عن حصته عتق نصيبه لأنه أبرأه من جميع ماله عليه فإن كان الذى أبرأه موسرا فهل يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان أحدهما لا يقوم لأن سبب العتق وجد من الأب ولهذا يثبت الولاء له والثانى يقوم عليه وهو الصحيح لأن العتق تعجل بفعله فعلى هذا هل يتعجل التقويم والسراية فيه قولان أحدهما يتعجل لأنه عتق يوجب السراية فتعجلت به كما لو أعتق شركا له فى عبد والثانى يؤخر إلى أن يعجز لأن حق الأب فى عتقه وولائه أسبق فلم يجز إبطاله وإن كاتب رجلان عبدا بما يجوز وأذن أحدهما للآخر فى تعجيل حق شريكه من المال وقلنا إنه يصح الاذن عتق نصيبه وهل يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان أحدهما لا يقوم لتقدم سببه الذى اشتركا فيه والثانى يقوم لأنه عتق نصيبه بسبب منه ومتى يقوم فيه قولان أحدهما يقوم فى الحال لأنه تعجل عتقه والثانى يؤخر إلى أن يعجز لأنه قد ثبت لشريكه عقد يستحق به العتق والولاء فلم يجز أن يقوم عليه ذلك فعلى هذا إن أدى عتق باقيه وإن عجز قوم على المعتق وإن مات قبل الأداء **والعجز** مات ونصفه حر ونصفه مكاتب :

(فصل) وإن حل عليه نجم وعجز عن أداء المال جاز للمولى أن يفسخ العقد لأنه أسقط حقه بعوض فإذا تعذر العوض ووجد عين ماله جاز له أن يفسخ ويرجع إلى عين ماله كما لو باع سلعة فأفلس المشترى بالثمن ووجد البائع عين ماله وإن كان معه

(قوله ويجب على المولى الايتاء) أى الاعطاء يقال آتيت فلانا مالا أى أعطيته . وقوله تعالى «وآتوهم من مال الله الذى آتاكم» أى أعطوهم من مال الله الذى أعطاكم (قوله حاص المكاتب أصحاب الديون) أى أخذ الحصة وهى النصيب وأصله حاصص فأدغم

مايؤديه فامتنع من أدائه جاز له الفسخ لأن تعذر العوض بالامتناع كتعذره بالعجز لأنه لا يمكن إجباره على أدائه وإن عجز عن بعضه أو امتنع من أداء بعضه جاز له أن يفسخ لأنا بينا أن العتق فى الكتابة لا يتبعض فكان تعذر البعض كتعذر الجميع ويجوز الفسخ من غير حاكم لأنه فسخ مجمع عليه فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ البيع بالعيب .

(فصل) وإن حل عليه نجم ومعه متاع فاستنظر لبيع المتاع وجب إنظاره لأنه قادر على أخذ المال من غير إضرار ولا يلزمه أن ينظر أكثر من ثلاثة أيام لأن الثلاثة قليل فلا ضرر عليه فى الانتظار وما زاد كثير وفى الانتظار إضرار وإن طلب الانظار لمال غائب فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة وجب إنظاره لأنه قريب لا ضرر فى إنظاره وإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة لم يجب لأنه طويل وفى الانتظار أضرار وإن طلب الانظار لاقتضاء دين فإن كان حالا على ملىء وجب إنظاره لأنه كالعين فى يد المودع ولهذا تجب فيه الزكاة وإن كان مؤجلا أو على معسر لم يجب الانظار لأن عليه إضرارا فى الانظار فإن حل عليه المال وهو غائب ففيه وجهان أحدهما له أن يفسخ لأنه تعذر المال فجاز له الفسخ والثانى ليس له أن يفسخ بل يرجع إلى الحاكم ليكتب إلى حاكم البلد الذى فيه المكاتب ليطالبه فإن عجز أو امتنع فسخ لأنه لا يتعذر الأداء إلا بذلك فلا يفسخ قبله وإن حل عليه النجم وهو مجنون فإن كان معه ما يسلم إلى المولى عتق لأنه قبض ما يستحقه فبرئت به ذمته وإن لم يكن معه شىء فعجزه المولى وفسخ ثم ظهر له مال نقض الحكم بالفسخ لأنا حكمنا بالعجز فى الظاهر وقد بان بخلافه فنقض كما لو حكم الحاكم ثم وجد النص بخلافه وإن كان قد أنفق عليه بعد الفسخ رجع بما أنفق لأنه لم يتبرع بل أنفق على أنه عبده فإن أفاق بعد الفسخ وأقام البينة أنه كان قد أدى المال نقض الحكم بالفسخ ولا يرجع المولى بما أنفق عليه بعد الفسخ لأنه تبرع لأنه أنفق وهو يعلم أنه حر وإن حل النجم فأحضر المال وادعى السيد أنه حرام ولم تكن له بينة فالقول قول المكاتب مع يمينه لأنه فى يده والظاهر أنه له فإن حلف خير المولى بين أن يأخذه وبين أن يبرئه منه فإن لم يفعل قبض عنه السلطان لأنه حق يدخله النيابة فإذا امتنع منه قام السلطان مقامه .

(فصل) وإن قبض المال وعتق ثم وجد به عيبا فله أن يرد ويطالب بالبدل فان رضى به استقر العتق لأنه برئت ذمة العبد وإن رده ارتفع العتق لأنه يستقر باستقرار الأداء وقد ارتفع الأداء بالرد فارتفع العتق وإن وجد به العيب وقد حدث به عنده عيب ثبت له الأرش فان دفع الأرش استقر العتق وإن لم يدفع ارتفع العتق لأنه لم يتم براءة الذمة من المال وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار ثم مرض بطلت الكتابة فى قدر الخدمة وفى الباقى طريقان أحدهما أنه على قولين والثانى أنه لا يبطل قولا واحدا بناء على الطريقين فيمن ابتاع عينين ثم تلفت إحداهما قبل القبض .

(فصل) فان أدى المال وعتق ثم خرج المال مستحقا بطل الحكم بعتقه لأن العتق يقع بالأداء وقد بان أنه لم يؤد وإن كان الاستحقاق بعد موت المكاتب كان ما ترك للمولى دون الورثة لأنا قد حكمنا بأنه مات رقيقا .

(فصل) فان باع المولى ما فى ذمة المكاتب وقلنا إنه لا يصح فقبضه المشترى فقد قال فى موضع يعتق وقال فى موضع لا يعتق واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس فيه قولان أحدهما يعتق لأنه قبضه باذنه فأشبه إذا دفعه إلى وكيله والثانى وهو الصحيح أنه لا يعتق لأنه لم يقبضه للمولى وإنما قبضه لنفسه ولم يصح قبضه لنفسه لأنه لم يستحقه فصار كما لو لم يؤخذ وقال أبو إسحاق هى على اختلاف حالين فالذى قال يعتق إذا أمره المكاتب بالدفع إليه لأنه قبضه باذنه والذى قال لا يعتق إذا لم يأمره بالدفع إليه لأنه لم يأخذه باذنه وإنما أخذه بما تضمنه البيع من الاذن والبيع باطل فبطل ما تضمنه .

(فصل) إذا اجتمع على المكاتب دين الكتابة ودين المعاملة وأرش الجناية وضاق ما فى يده عن الجميع قدم دين المعاملة لأنه يختص بما فى يده والسيد والمجنى عليه يرجعان إلى الرقبة فان فضل عن الدين شىء قدم حق المجنى عليه لأن حقه يقدم على حق المالك فى العبد القن فكذلك فى المكاتب وإن لم يكن له شىء فأراد صاحب الدين تعجيزه لم يكن له ذلك لأن حقه فى الذمة فلا فائدة فى تعجيزه بل تركه على الكتابة أنفع له لأنه ربما كسب ما يعطيه وإذا عجزه بقى حقه فى الذمة إلى أن يعتق فان أراد المولى أو المجنى عليه تعجيزه كان له ذلك لأن المولى يرجع بالتعجيز إلى رقبته والمجنى عليه يبيعه فى الجناية فان عجزه المولى انفسخت

(قوله مسافة) هى القطعة من الأرض يسافر فيها وقد ذكرت .

الكتابة وسقط دينه وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع فى الجناية وبين أن يفديه فان عجزه المجنى عليه نظرت فان كان الأرش يحيط بالثمن بيع وقضى حقه وإن كان دون الثمن بيع منه مايقضى منه الأرش وبقى الباقى على الكتابة وإن أدى كتابة باقية عتق وهل يقوم الباقى عليه إن كان موسرا فيه وجهان أحدهما لايقوم لأنه وجد سبب العتق قبل التبعيض والثانى يقوم عليه لأن اختياره للانظار كابتداء العتق :

(باب الكتابة الفاسدة)

إذا كاتب على عوض محرم أو شرط باطل فللسيد أن يرجع فيها لأنه دخل على أن يسلم له ماشرط ولم يسلم فثبت له الرجوع وله أن يفسخ بنفسه لأنه مجمع عليه وإن مات المولى أو جن أو حجر عليه بطل العقد لأنه غير لازم من جهته فبطل بهذه الأشياء كالعقود الجائزة إن مات العبد بطل لأنه لايلحقه العتق بعد الموت وإن جن لاتبطل لأنه لازم من جهة العبد فلم تبطل بجنونه كالعتق المعلق على دخول الدار :

(فصل) وإن أدى ماكاتبه عليه قبل الفسخ عتق لأن الكتابة تشتمل على معاوضة وهو قوله كاتبتك على كذا وعلى صفة وهو قوله فإذا أديت فأنت حر فإذا بطلت المعاوضة بقيت الصفة فعتق بها وإن أداه إلى غير من كاتبه لم يعتق لأنه لم توجد الصفة فإذا عتق تبعه مافضل فى يده من الكسب وإن كانت جارية تبعها الولد لأنه جعل كالكتابة الصحيحة فى العتق فكانت كالصحيحة فى الكسب والولد :

(فصل) ويرجع السيد عليه بقيمته لأنه أزال ملكه عنه بشرط ولم يسلم له الشرط وتعذر الرجوع إليه فرجع ببدله كما لو باع سلعة بشرط فاسد فتلفت فى يد المشترى ويرجع العبد على المولى بما أداه إليه لأنه دفعه عما عليه فإذا لم يقع عما عليه ثبت له الرجوع فإن كان مادفع من جنس القيمة وعلى صفتها كالأثمان وغيرها من ذوات الأمثال ففيه أربعة أقوال أحدها أنهما يتقاصان فسقط أحدهما بالآخر لأنه لافائدة فى أخذه ورده والثانى أنه إن رضى أحدهما تقاصا وإن لم يرض واحد منهما لم يتقاصا لأنه إذا رضى أحدهما فقد اختار الراضى منهما قضاء ماعليه بالذى له على الآخر ومن عليه حق يجوز أن يقضيه من أى جهة شاء والثالث أنهما إن تراضيا تقاصا وإن لم يتراضيا لم يتقاصا لأنه إسقاط حق بحق فلم يجز إلا بالتراضى كالحوالة . والرابع أنهما لايتقاصان بحال لأنه بيع دين بدين وإن أخذ من سهم الرقاب فى الزكاة فإن لم يكن فيه وفاء استرجع منه وإن كان فيه وفاء فقد قال فى الأم يسترجع ولايعتق لأنه بالفساد خرج عن أن يكون من الرقاب ومن أصحابنا من قال لايسترجع لأنه كالكتابة الصحيحة فى العتق والكسب :

(فصل) فإن كاتب عبدا صغيرا أو مجنونا فأدى ماكاتبه عليه عتق بوجود الصفة وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة مع البالغ فى ملك مافضل فى يده من الكسب وفى التراجع فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحق أنه لايملك مافضل فى يده من الكسب ولايثبت التراجع وهو رواية المزنى فى المجنون لأن العقد مع الصبى ليس بعقد ولهذا لو ابتاع شيئا وقبضه وتلف فى يده لم يلزمه الضمان بخلاف البالغ فإن عقده عقد يقتضى الضمان ولهذا لو اشترى شيئا ببيع فاسد وتلف عنده لزمه الضمان والثانى وهو قول أبى العباس أنه يملك مافضل من الكسب ويثبت بينهما التراجع وهو رواية الربيع فى المجنون لأنه كتابة فاسدة فأشبهت كتابة البالغ بشرط فاسد :

(فصل) وإن كاتب بعض عبده وقلنا إنه لايصح فلم يفسخ حتى أدى المال عتق لوجود الصفة وتراجعا وسرى العتق إلى باقيه لأنه عتق بسبب منه فإن كاتب شركا له فى عبد من غير إذن شريكه نظرت فإن جمع كسبه ودفع نصفه إلى الشريك ونصفه إلى الذى كاتبه عتق لوجود الصفة فإن جمع الكسب كله وأداه ففيه وجهان أحدهما لايعتق لأن الأداء يقتضى أداء مايملك

(ومن باب الكتابة الفاسدة)

(قوله تقاصا) أصل المقاصة المماثلة من قولهم قص الخبر إذا حكاه فأداه على مثل ماسمع. والقصاص فى الجراح أن يستوفى مثل جرحه وكذلك سميت المقاصة فى الدين لأن على كل واحد منهما لصاحبه مثل مالآخر .

التصرف فيه وما أداه من مال الشريك لايملك التصرف فيه والثانى يعتق لأن الصفة قد وجدت فان كاتبه بإذن شريكه فان قلنا إنه باطل فالحكم فيه كالحكم فيه إذا كاتبه بغير إذنه وإن قلنا إنه صحيح ودفع نصف الكسب إلى الشريك ونصفه إلى الذى كاتبه عتق فان جمع الكسب كله ودفعه إلى الذى كاتبه فقد قال بعض أصحابنا فيه وجهان كالقسم قبله والمذهب أنه لايعتق لأن الكتابة صحيحة والمغلب فيها حكم المعاوضة فاذا دفع فيها مالا يملكه صار كما لو لم يؤد بخلاف القسم قبله فانها كتابة فاسدة والمغلب فيها الصفة وإذا حكمنا بالعتق فى هذه المسائل فى نصيبه فان كان المعتق موسرا سرى إلى نصيب الشريك وقوم عليه لأنه عتق بسبب منه ولا يلزم العبد ضمان السراية لأنه لم يلتزم ضمان ماسرى إليه .

(فصل) وإن كاتب عبيدا على مال واحد وقلنا إن الكتابة صحيحة فأدى بعضهم عتق لأنه برىء مما عليه وإن قلنا إن الكتابة فاسدة فأدى بعضهم فالمنصوص أنه يعتق لأن الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابة الصحيحة فى الأحكام فكذلك فى العتق بالأداء . ومن أصحابنا من قال لايعتق وهو الأظهر لأن العتق فى الكتابة الفاسدة بالصفة وذلك لم يوجد بأداء بعضهم .

(باب اختلاف المولى والمكاتب)

إذا اختلفا فقال السيد كاتبتك وأنا مغلوب على عقلى أو محجور على فأنكر العبد فان كان قد عرف له جنون أو حجر فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل بقاؤه على الجنون أو الحجر وإن لم يعرف له ذلك فالقول قول العبد لأن الظاهر عدم الجنون والحجر وإن اختلفا فى قدر المال أو فى نجومه تحالفا قياسا على المتبايعين إذا اختلفا فى قدر الثمن أو فى الأجل فان كان ذلك قبل العتق فهل تنفسخ بنفس التحالف أو يفتقر إلى الفسخ فيه وجهان كما ذكرناه فى المتبايعين وإن كان التحالف بعد العتق لم يرتفع العتق ويرجع المولى بقيمته ويرجع المكاتب بالفضل كما نقول فى البيع الفاسد .

(فصل) وإن وضع شيئا عنه من مال الكتابة ثم اختلفا فقال السيد وضعت النجم الأخير وقال المكاتب بل الأول فالقول قول السيد وإن كاتبه على ألف درهم فوضع عنه خمسين دينارا لم يصح لأنه أبرأه مما لايملكه فان قال أردت ألف درهم بقيمة خمسين دينارا صح وإن اختلفا فيما عنى فادعى المكاتب أنه عنى ألف درهم بقيمة خمسين دينارا وأنكر السيد ذلك فالقول قول السيد لأن الظاهر معه ولأنه أعرف بما عنى وإن أدى المكاتب ماعليه فقال له المولى أنت حر وخرج المال مستحقا فادعى العبد أن عتقه بقوله أنت حر وقال المولى أردت أنك حر بما أديت وقد بان أنه مستحق فالقول قول السيد لأنه يحتمل الوجهين وهو أعرف بقصده وإن قال السيد استوفيت أو قال العبد أليس أوفيتك فقال بلى فادعى المكاتب أنه وفاه الجميع وقال المولى بل وفانى البعض فالقول قول السيد لأن الاستيفاء لايقتضى الجميع .

(فصل) وإن كان المكاتب جارية وأتت بولد فاختلفا فى ولدها وقلنا إن الولد يتبعها فقالت الجارية ولدته بعد الكتابة فهو موقوف معى وقال المولى بل ولدته قبل الكتابة فهو لى فالقول قول السيد لأن هذا اختلاف فى وقت العقد والسيد يقول العقد بعد الولادة والمكاتبة تقول قبل الولادة والأصل عدم العقد وإن كاتب عبدا ثم زوجه أمة له ثم اشترى المكاتب زوجته وأتت بولد فقال السيد أتت به قبل الشراء فهو لى وقال العبد بل أتت به بعدما اشتريتها فهو لى فالقول قول العبد لأن هذا الاختلاف فى الملك والظاهر مع العبد لأنه فى يده بخلاف المسئلة قبلها فان هناك لم يختلفا فى الملك وإنما اختلفا فى وقت العقد .

(فصل) وإن كاتب عبدين فأقر أنه استوفى ماعلى أحدهما أو أبرأ أحدهما واختلف العبدان فادعى كل واحد منهما أنه هو الذى استوفى منه أو أبرأه رجع إلى المولى فان أخبر أنه أحدهما قبل منه لأنه أعرف بمن استوفى منه أو أبرأه فان طلب الآخر يمينه حلف له وإن ادعى المولى أنه أشكل عليه لم يقرع بينهما لأنه قد يتذكر فان ادعيا أنه يعلم حلف لكل واحد منهما وبقيا على الكتابة ومن أصحابنا من قال ترد الدعوى عليهما فان حلفا أو نكلا بقيا على الكتابة وإن حلف أحدهما ونكل الآخر عتق الحالف وبقى الآخر على الكتابة وإن مات المولى قبل أن يعين ففيه قولان أحدهما يقرع بينهما لأن الحرية تعينت لأحدهما ولا يمكن التعيين بغير القرعة فوجب تمييزها بالقرعة كما لو قال لعبدين أحدكما حر . والثانى أنه لايقرع لأن الحرية تعينت

فى أحدهما فاذا أقرع لم يؤمن أن تخرج القرعة على غيره فعلى هذا يرجع إلى الوارث فان قال لا أعلم حلف لكل واحد منهما وبقيا على الكتابة على ما ذكرناه فى المولى :

(فصل) وإن كاتب ثلاثة أعبد فى عقود أو فى عقد على مائة وقلنا إنه يصح وقيمة أحدهم مائة وقيمة كل واحد من الآخرين خمسون فأدوا مالا من أيديهم ثم اختلفوا فقال من كثرت قيمته النصف لى ولكل واحد منكما الربع وقال الآخران بل المال بيننا أثلاثا ويبقى عليك تمام النصف ويفضل لكل واحد منا ما زاد على الربع فقد قال فى موضع القول قول من كثرت قيمته وقال فى موضع القول قول من قلت قيمته، فمن أصحابنا من قال هى على قولين أحدهما أن القول قول من قلت قيمته وأن المؤدى بينهم أثلاثا لأن يد كل واحد منهم على ثلث المال والثانى أن القول قول من كثرت قيمته لأن الظاهر معه فان العادة أن الإنسان لا يؤدى أكثر مما عليه ومنهم من قال هى على اختلاف حالين فالذى قال القول قول من كثرت قيمته، إذا وقع العتق بالأداء لأن الظاهر أنه لا يؤدى أكثر مما عليه والذى قال إن القول قول من قلت قيمته إذا لم يقع العتق بالأداء فيؤدى من قلت قيمته أكثر مما عليه ليكون الفاضل له من النجم الثانى والدليل عليه أنه قال فى الأم إذا كاتبهم على مائة فأدوا ستين فاذا قلنا إنه بينهم على العدد أثلاثا فأراد العبدان أن يرجعا بما فضل لهما لم يجز لأن الظاهر أنهما تطوعا بالتعجيل فلا يرجعان به ويحتسب لهما من النجم الثانى .

(فصل) وإن كاتب رجلان عبدا بينهما فادعى المكاتب أنه أدى إليهما مال الكتابة فأقر أحدهما وأنكر الآخر عتق حصة المقر والقول قول المنكر مع يمينه فإذا حلف بقيت حصته على الكتابة فله أن يطالب المقر بنصف ما أقر بقبضه وهو الربع لحصول حقه فى يده ويطالب المكاتب بالباقى وله أن يطالب المكاتب بالجميع وهو النصف فان قبض حقه منهما أو من أحدهما عتق المكاتب وليس لأحد من المقر والمكاتب أن يرجع على صاحبه بما أخذه منه لأن كل واحد منهما يدعى أن الذى ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره وإن وجد المكاتب عاجزا فعجزه أحدهما رق نصفه قال الشافعى رحمه الله ولا يقوم على المقر لأن التقويم لحق العبد وهو يقول أنا حر مسترق ظلما فلا يقوم ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب لأنه يدفع بها ضررا من استرجاع نصف ما فى يده فان ادعى المكاتب أنه دفع جميع المال إلى أحدهما ليأخذ منه النصف ويدفع إلى شريكه النصف نظرت فان قال المدعى عليه دفعت إلى كل واحد منا النصف وأنكره الآخر عتق حصة المدعى عليه بإقراره وبقيت حصة المنكر على الكتابة من غير يمين لأنه لا يدعى عليه واحد منهما تسليم المال إليه وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه وله أن يطالب المقر بنصفه والمكاتب بنصفه ولا يرجع واحد منهما بما يؤخذ منه على الآخر لأن كل واحد منهما يدعى أن الذى ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره فان استوفى المنكر حقه منهما أو من المكاتب عتقت حصته وصار المكاتب حرا وإن عجز المكاتب فاسترقه، فقد قال الشافعى رحمه الله إنه يقوم على المقر ووجهه أنه عتق نصيبه بسبب من جهته، وقال فى المسئلة قبلها لا يقوم فمن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة منهما إلى الأخرى فجعلهما على قولين ومنهم من قال يقوم ههنا ولا يقوم فى المسئلة قبلها على ما نص عليه لأن فى المسئلة قبلها يقول المكاتب أنا حر فلا أستحق التقويم على أحد وههنا يقول نصفى مملوك فأستحق التقويم وإن قال المدعى عليه قبضت المال وسلمت نصفه إلى شريكى وأمسكت النصف لنفسى وأنكر الشريك القبض عتق حصة المدعى عليه والقول قول المنكر مع يمينه لأن المقر يدعى التسليم إليه فاذا حلف بقيت حصته على الكتابة وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه بالعقد وله أن يطالب المقر بإقراره بالقبض فان رجع على المقر لم يرجع المقر على المكاتب لأنه يقول إن شريكى ظلمنى وإن رجع على المكاتب رجع المكاتب على المقر صدقه على الدفع أو كذبه لأنه فرط فى ترك الإشهاد فان حصل للمنكر ماله من أحدهما عتق المكاتب وإن عجز المكاتب عن أداء حصة المنكر كان للمنكر أن يسترق نصيبه فإذا رق قوم على المقر لأنه عتق بسبب كان منه وهو الكتابة ويرجع المنكر على المقر بنصف ما أقر بقبضه لأنه بالتعجيز استحق نصف كسبه وإن حصل المال من جهة المكاتب عتق باقيه ورجع المكاتب على المقر بنصف ما أقر بقبضه لأنه كسبه :

﴿كتاب عتق أمهات الأولاد﴾

إذا علقت الأمة بولد حر فى ملك الواطئ صارت أم ولد له فلا يملك بيعها ولا هبتها ولا الوصية بها لما ذكرناه فى البيوع فإن مات السيد عتقت لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «من ولدت منه أمته فهى حرة من بعد موته» وتعتق من رأس المال لأنه إتلاف حصل بالاستمتاع فاعتبر من رأس المال كالاتلاف بأكل الطيب ولبس الناعم وإن علقت بولد مملوك فى غير ملك من زوج أو زنا لم تصر أم ولد له لأن حرمة الاستيلاد إنما تثبت للأم بحرية الولد والدليل عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرت له مارية القبطية فقال أعتقها ولدها والولد ههنا مملوك فلا يجوز أن تعتق الأم بسببه وإن علقت بولد حر بشبهة من غير ملك لم تصر أم ولد فى الحال فإذا ملكها ففيه قولان أحدهما لا تصير أم ولد لأنها علقت منه فى غير ملكه فأشبه إذا علقت منه فى نكاح فاسد أو زنا والثانى أنها تصير أم ولد لأنها علقت منه بحر فأشبه إذا علقت منه فى ملكه وإن علقت بولد مملوك فى ملك ناقص وهى جارية المكاتب إذا علقت من مولاها ففيه قولان أحدهما أنها لا تصير أم ولد لأنها علقت منه بمملوك والثانى أنها تصير أم ولد لأنه قد ثبت لهذا الولد حق الحرية ولهذا لا يجوز بيعه فثبت هذا الحق لأمه :

(فصل) وإن وطئ أمته فأسقطت جنيناً ميتاً كان حكمه حكم الولد الحى فى الاستيلاد لأنه ولد وإن أسقطت جزءاً من الآدمى كالعين والظفر أو مضغة تشهد أربع نسوة من أهل المعرفة والعدالة أنه تخطط وتصور ثبت له حكم الولد لأنه قد علم أنه ولد وإن ألقت مضغة لم تتصور ولم تتخطط وشهد أربع من أهل العدالة والمعرفة أنه مبتدأ خلق الآدمى ولو بقى لكان آدمياً فقد قال ههنا ما يدل على أنها لا تصير أم ولد وقال فى العدة تنقضى به العدة فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلها على قولين أحدهما لا يثبت له حكم الولد فى الاستيلاد ولا فى انقضاء العدة لأنه ليس بولد والثانى يثبت له حكم الولد فى الجميع لأنه خلق بشر فأشبه إذا تخطط ومنهم من قال لا يثبت له حكم الولد فى الاستيلاد وتنقضى به العدة لأن حرمة الاستيلاد تتعلق بوجود الولد ولم يوجد الولد والعدة تراد لبراءة الرحم وبراءة الرحم تحصل بذلك :

(فصل) ويملك استخدام أم الولد وإجارتها ويملك وطأها لأنها باقية على ملكه وإنما ثبت لها حق الحرية بعد الموت وهذه التصرفات لا تمنع العتق فبقيت على ملكه وهل يملك تزويجها فيه ثلاثة أقوال أحدها يملك لأنه يملك رقبتها ومنفعتها فملك تزويجها كالأمة القنة والثانى يملك تزويجها برضاها ولا يملك من غير رضاها لأنها تستحق الحرية بسبب لا يملك المولى إبطاله فملك تزويجها برضاها ولا يملك بغير رضاها كالمكاتبة والثالث لا يملك تزويجها بحال لأنها ناقصة فى نفسها وولاية المولى عليها ناقصة فلم يملك تزويجها كالأخ فى تزويج أخته الصغيرة فعلى هذا هل يجوز للحاكم تزويجها بإذنهما فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه لا يملك لأنه قائم مقامهما ويعقد بإذنهما فإذا لم يملك العقد باجتماعهما لم يملك مع من يقوم مقامهما والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى إنه يملك تزويجها لأنه يملك بالحكم ما لا يملك بالولاية وهو تزويج الكافرة.

(فصل) وإن أتت أم الولد بولد من نكاح أو زنا تبعها فى حقها من العتق بموت السيد لأن الاستيلاد كالعتق المنجز ثم الولد يتبع الأم فى العتق فكذلك فى الاستيلاد فإن ماتت الأم قبل موت السيد لم يبطل الحكم فى ولدها لأنه حق استقر له فى حياة الأم فلم يسقط بموتها :

(ومن كتاب عتق أمهات الأولاد)

(قوله مارية القبطية) بغير تشديد . والمرو ضرب من الرياحين لعلها سميت به قال الأعشى :

* وآس وخيرى ومروى وسمسق * السمسق المرزنجوش . ورَوى وسوسن ولعلها منقولة من مارية للطائر المعروف

(قوله تخطط وتصور) أى ظهر فيه خلق الآدمى وتبين كما يتبين الخط فى الشيء الذى يخطط بقلم أو حديدة وسوى ذلك. وتصور ظهر فيه صورة الآدمى (قوله وإن ألقت مضغة) المضغة القطعة وجمعه مضغ . والمضغة الواحدة من اللحم . وقلب الانسان مضغة من جسده وفى الحديث « إن فى ابن آدم مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله » :

(فصل) وإن جنت أم الولد لزم المولى أن يفديها لأنه منع من بيعها بالإحبال ولم يبلغ بها إلى حال يتعلق الأرش بذمتها فلزمه ضمان جنايتها كالعبد القن إذا جنى وامتنع المولى من بيعه ويفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش الجناية قولا واحدا لأن في العبد القن إنما فداه بأرش الجناية بالغا ما بلغ في أحد القولين لأنه يمكن بيعه فربما رغبت فيه من يشتريه بأكثر من قيمته وأم الولد لا يمكن بيعها فلا يلزمه أن يفديها بأكثر من قيمتها وإن جنت ففداها بجميع القيمة ثم جنت ففيه قولان أحدهما يلزمه أن يفديها لأنه إنما لزمه أن يفديها في الجناية الأولى لأنه منع من بيعها ولم يبلغ بها حالة يتعلق الأرش بذمتها وهذا موجود في الجناية الثانية فوجب أن تفدى كالعبد القن إذا جنى وامتنع من بيعه ثم جنى وامتنع من بيعه والقول الثاني وهو الصحيح أنه لا يلزمه أن يفديها بل يقسم القيمة التي فدى بها الجناية الأولى بين الجنايتين على قدر أرشهما لأنه بالاحبال صار كالمتلف لرقبتها فلم يضمن أكثر من قيمتها ويخالف العبد القن فإنه فداه لأنه امتنع من بيعه والامتناع يتكرر فتكرر الفداء وههنا لزمه الفداء للاتلاف بالاحبال وذلك لا يتكرر فلم يتكرر الفداء وإن جنت ففداها ببعض قيمتها ثم جنت فإن بقي من قدر قيمتها ما يفدى به الجناية الثانية لزمه أن يفديها وإن بقي ما يفدى به بعض الجناية الثانية على القولين إن قلنا يلزمه أن يفدى الجناية الثانية لزمه أن يفديها وإن قلنا يشارك الثاني الأول في القيمة ضم ما بقي من قيمتها إلى ما فدى به الجناية الأولى ثم يقسم الجميع بين الجنايتين على قدر أرشهما :

(فصل) وإن أسلمت أم ولد نصراني تركت على يد امرأة ثقة وأخذ المولى بنفقتها إلى أن تموت فتعتق لأنه لا يمكن بيعها لما فيه من إبطال حقها من العتق المستحق بالاستيلاد ولا يمكن إعتاقها لما فيه من إبطال حق المولى ولا يمكن إقرارها في يده لما فيه من الصغار على الاسلام فلم يبق إلا ما ذكرناه وإن كاتب كافر عبدا كافرا ثم أسلم العبد بقي على الكتابة لأنه أسلم في حال لا يمكن مطالبة المالك ببيعه أو إعتاقه وهو خارج عن يده وتصرفه فبقي على حالته فان عجز ورق أمر ببيعه :

(باب الولاء)

إذا أعتق الحر مملوكا ثبت له عليه الولاء لما روت عائشة رضى الله عنها قالت اشتريت بريرة واشترط أهلها ولاءها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتقي فإنما الولاء لمن أعتق وإن عتق عليه بتدبير أو كتابة أو استيلاد أو قرابة أو عتق عنه غيره ثبت له عليه الولاء لأنه عتق عليه فثبت له الولاء كما لو باشر عتقه وإن باع الرجل عبده من نفسه ففيه وجهان أحدهما أنه يثبت له عليه الولاء لأنه لم يثبت عليه رق غيره والثاني لا ولاء عليه لأحد لأنه لم يعتق عليه في ملكه ولا يملك العبد الولاء على نفسه فلم يكن عليه ولاء :

(فصل) وإن أعتق المكاتب عبدا باذن المولى وصححنا عتقه ففي ولائه قولان أحدهما أنه للسيد لأن العتق لا ينفك من الولاء والمكاتب ليس من أهله فوجب أن يكون للسيد والثاني أنه موقوف فان عتق فهو له فإن عجز فهو للسيد لأن المعتق هو المكاتب فوقف الولاء عليه فان مات العبد المعتق قبل عجز المكاتب أو عتقه ففي ماله قولان أحدهما أنه موقوف على ما يكون من أمر المكاتب كالولاء والثاني أنه للسيد لأن الولاء يجوز أن ينتقل فجاز أن يقف والارث لا يجوز أن ينتقل فلم يجز أن يقف .

(فصل) وإن أعتق مسلم نصرانيا أو أعتق نصراني مسلما ثبت له الولاء لأن الولاء كالنسب والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء وإن أعتق المسلم نصرانيا فلحق بدار الحرب فسبي لم يجز استرقاقه لأن عليه ولاء المسلم فلا يجوز إبطاله وإن أعتق ذمي عبده فلحق بدار الحرب وسبي ففيه وجهان أحدهما لا يجوز أن يسترق لأنه لا يلزمنا حفظ ماله فلم يجز إبطال ولائه بالاسترقاق كالمسلم والثاني يجوز لأن معتقه لو لحق بدار الحرب جاز استرقاقه فكذلك عتيقه وإن أعتق حربي عبدا حربيا ثبت له عليه الولاء فان سبي العبد أو سبي مولاه واسترق بطل ولاؤه لأنه لا حرمة له في نفسه ولا ماله وإن أعتق ذمي عبدا ثم لحق بدار الحرب فملكه عبده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى للآخر لأن كل واحد منهما أعتق الآخر :

(فصل) وإن اشترك اثنان في عتق عبد اشتركا في الولاء لاشتراكهما في العتق وإن كاتب رجل عبدا ومات وخلف اثنين فأعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما له عليه فان قلنا لا يقوم عليه فأدى ما عليه للآخر كان ولاؤه للاثنين لأنه عتق بالكتابة على

(قوله باشر عتقه) أي تولاه بنفسه ولم يعلقه على عتق صاحبه .

الأب وقد ثبت له الولاء فانتقل إليهما وإن عجز عما عليه للآخر فرق نصيبه ففي ولاء النصف المعتق وجهان أحدهما أنه بينهما لأنه عتق بحكم الكتابة فثبت الولاء للأب وانتقل إليهما والثاني أنه للمعتق خاصة لأنه هو الذي أعتقه ووقف الآخر عن العتق وإن قلنا إنه يقوم في الحال فقوم عليه ثبت الولاء للمقوم عليه في المقوم لأن بالتقويم انفسخت الكتابة فيه وعتق عليه وأما النصف الآخر فانه عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان أحدهما أنه بينهما والثاني أنه للمعتق خاصة وإن قلنا يؤخر التقويم فان أدى عتق بالكتابة وكان الولاء لهما وإن عجز ورق قوم على المعتق وثبت له الولاء على النصف المقوم لأنه عتق عليه والنصف الآخر عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان :

(فصل) ولا يثبت الولاء لغير المعتق فان أسلم رجل على يد رجل أو التقط لقيطا لم يثبت له عليه الولاء لحديث عائشة رضي الله عنها «فانما الولاء لمن أعتق» وإنما في اللغة موضوع لإثبات المذكور ونفي ما عداه فدل على إثبات الولاء للمعتق ونفيه عمن عداه ولأن الولاء ثبت بالشرع ولم يرد الشرع في الولاء إلا لمن أعتق وهذا المعنى لا يوجد في غيره فلا يلحق به .

(فصل) ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته ولأن الولاء كالنسب والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب لا يصح بيعه وهبته فكذلك الولاء وإن أعتق عبدا سائبة على أن لا ولاء عليه عتق وثبت له الولاء لقوله عز وجل «ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام» ولأن هذا في معنى الهبة وقد بينا أنه لا يصح هبته :

(فصل) وإن مات العبد المعتق وله مال ولا وارث له ورثه المولى لما روى يونس عن الحسن أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل وقال اشتريته وأعتقته فقال هو مولاك إن شكرك فهو خير له وإن كفرك فهو شر له وخير لك فقال فما أمر ميراثه فقال إن ترك عصبة فالعصبة أحق وإلا فالولاء وإن كان له عصبة لم يرث للخبر ولأن الولاء فرع للنسب فلا يورث به مع وجوده وإن كان له من يرث الفرض فان كان ممن يستغرق المال بالفرض لم يرثه لأنه إذا لم ترث العصبات مع من يستغرق المال بالفرض فلأن لا يرث المولى أولى وإن كان ممن لا يستغرق المال ورث ما فضل عن أهل الفرض لما روى عبد الله بن شداد قال أعتقت ابنة حمزة مولى لها فمات وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة النصف وابنته النصف .

(فصل) وإن مات العبد والمولى ميت كان الولاء لعصبات المولى دون سائر الورثة لأن الولاء كالنسب لما ذكرناه من الخبر والنسب إلى العصبات دون غيرهم ويقدم الأقرب فالأقرب لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المولى أخ في الدين ونعمة يرثه أولى الناس بالمعتق ولأن في عصبات الميت يقدم الأقرب فالأقرب وكذلك في عصبات المولى فان كان للمولى ابن وابنة كان الميراث للابن دون البنت لأنا بينا أنه لا يرث الولاء غير العصبات والبنت ليست من العصبات ولأن الولاء كالنسب ثم المرأة لا ترث بالقرابة من الميت إذا تباعد نسبها منه وهي بنت الأخ والعمة فلأن لا ترث بنت المولى وهو مؤخر عن النسب أولى وإن كان له أب وابن أو أب وابن ابن فالميراث للابن لأن تعصيب الابن أقوى لأنه يسقط تعصيب الأب فان لم يكن بنون فالولاء للأب دون الجد والأخ لأنه أقرب منهما وإن ترك جدا وأخا ففيه قولان أحدهما أنهما يشتركان كما يشتركان في إرث النسب والثاني يقدم الأخ لأن تعصيبه كتعصيب الابن وتعصيب الجد كتعصيب الأب وإنما لم يقدم في إرث النسب للاجماع وليس في الولاء

(قوله الولاء لحمة كلحمة النسب) اللحمة بالضم القرابة . ولحمة الثوب ولحم البازي يضم ويفتح . وقال ابن الأعرابي لحمة القرابة ولحمة الثوب مفتوحان . واللحمة ما يصاد به الصيد وعامة الناس يقولون لحمة في الثلاثة (قوله وإن أعتق عبدا سائبة على أن لا ولاء عليه) لقوله تعالى «ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام» فالبحيرة الناقة التي نتجت خمسة أبطن توالى نتاجهن وكان الخامس ذكرا نحروه وأكله الرجال والنساء ، فان كان الخامس أنثى نحروا أذنها أي شقوها وكان حراما على النساء لحمها ولبنها فإذا ماتت حلت للنساء . والبحر الشق وسمي البحر بحرا لأن الله تعالى جعله مشقوقا في الأرض شقا . والسائبة البعير يسيب لنذر يكون على الرجل أي يسيب فلا يمنع عن مرعى ولا ماء . وأصله من تسييب الدابة وهو إرسالها كيف شاءت . وكان أبو العالية سائبة والوصيلة في الغنم قال العزيز كانت الشاة إذا ولدت سبعة أبطن فان كان السابع ذكرا ذبح فأكل منه الرجال والنساء

إجماع فوجب أن يقدم فان ترك جدا وابن أخ فهو على القولين إن قلنا إن الجد والأخ يشتركان قدم الجد وإن قلنا إن الأخ يقدم قدم ابنه وإن ترك أبا الجد والعم فعلى القولين إن قلنا إن الجد والأخ يشتركان قدم أبو الجد وإن قلنا إن الأخ يقدم قدم العم وإن اجتمع الأخ من الأب والأم والأخ من الأب قدم الأخ من الأب والأم كما يقدم فى الإرث بالنسب ومن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما يقدم لما قلناه والثانى أنهما سواء لأن الأم لا ترث بالولاء فلا يرجح بها من يدلى بها فان لم يكن للمولى عصبة وله مولى فالولاء لمولاه لأن المولى كالعصبة فان لم يكن له مولى فلعصبة مولاه فان لم يكن له مولى ولا عصبة مولى وهناك مولى لعصبة المولى نظرت فان كان مولى أخيه أو مولى ولده لم يرث لأن إنعامه على أخيه لا يتعدى إليه وإن كان مولى أبيه أو جده ورث لأن إنعامه عليه إنعامه على نسله :

(فصل) فان أعتق عبدا ثم مات وخلف اثنين ثم مات أحدهما وترك ابنا ثم مات العبد وله مال ورثه الكبير من عصبة المولى وهو الابن دون ابن الابن لما روى الشعبى قال قضى عمر وعلى وزيد رضى الله عنهم أن الولاء للكبر ولأن الولاء يورث به ولا يورث والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث فإذا ثبت أنه لا يورث ثبت أنه إنما يورث بما ثبت للمولى من الولاء فوجب أن يكون للكبر لأنه أقرب إلى المولى وإن مات المولى وخلف ثلاثة بنين ثم مات أحدهم وخلف ابنا ومات الثانى وخلف أربعة ومات الثالث وخلف خمسة ثم مات العبد المعتق كان ماله بين العشرة بالسوية لتساويهم فى القرب ولو ظهر للمولى مال كان بينهم أثلاثا لابن الابن الثلث وللأربعة الثلث وللخمسة الثلث لأن المال انتقل إلى أولاده أثلاثا ثم انتقل ما ورث كل واحد منهم إلى أولاده والولاء لم ينتقل إلى أولاده وإنما ورثوا مال العبد لقربهم من المولى الذى ثبت له الولاء وهم فى القرب منه سواء فتساووا فى الميراث.

(فصل) إذا تزوج عبد لرجل بمعتقة لرجل فأتت منه بولد ثبت لمولى الأم الولاء على الولد لأنه عتق بإعتاق الأم فكان ولاؤه لولاها فان أعتق بعد ذلك مولى العبد عبده انجر ولاء الولد من موالى الأم إلى موالى العبد والدليل عليه ما روى هشام بن عروة عن أبيه قال مر الزبير بموال لرافع بن خديج فأعجبوه فقال لمن هؤلاء فقالوا هؤلاء موال لرافع بن خديج أمهم لرافع بن خديج وأبوهم عبد لفلان فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ثم قال أنتم موالى فاختصم الزبير ورافع إلى عثمان رضى الله عنه فقضى عثمان للزبير قال هشام فلما كان معاوية خاصموه فيهم أيضا فقضى لنا معاوية ولأن الولاء فرع للنسب والنسب معتبر بالإرث وإنما ثبت لمولى الأم لعدم الولاء من جهة الأب كولد الملاعنة نسب إلى الأم لعدم النسب من جهة الأب فاذا ثبت الولاء على الأب عاد الولاء إلى موضعه كولد الملاعنة إذا اعترف به الزوج وإن أعتق جد الولد دون الأب ففى ولائه ثلاثة أوجه أحدها ينجر الولاء إلى معتقه لأنه كالأب فى الانتساب إليه والولاية فكان كالأب فى جر الولاء إلى معتقه والثانى لا ينجر لأن بينه وبين الولد الأب فلا ينجر الولاء إلى معتقه كالأخ والثالث إن كان الأب حيا لم ينجر الولاء إلى معتقه وإن كان ميتا انجر لأن مع موته ليس غيره أحق ومع حياته من هو أحق فان قلنا إنه ينجر الولاء إلى معتقه فانجر ثم أعتق الأب انجر من مولى الجد إلى مولى الأب لأنه أقوى من الجد فى النسب وأحكامه :

(فصل) وإن تزوج عبد رجل بأمة آخر فأتت منه بولد ثم أعتق السيد الأمة وولدها ثبت له عليها الولاء فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر ولاء الولد إلى مولى العبد والفرضيون يعبرون عن علة ذلك أنه ولد مسه الرق ثم ناله العتق والعلة فى ذلك أن المعتق أنعم على الولد بالعتق فكان أحق بولائه ممن أنعم على أبيه وتخالف ما قبلها فان أحدهما أنعم على الأم والآخر أنعم على الأب فقدم المنعم على الأب لأن النسب إليه والولاء فرع للنسب وههنا أحدهما أنعم على الولد نفسه والآخر أنعم على أبيه فقدم المنعم عليه على المنعم على أبيه وإن تزوج عبد لرجل بجارية آخر فحبلت منه ثم أعتقت الجارية وهى حامل ثبت الولاء على الجارية وحملها فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر الولاء إلى مولاه لما ذكرناه من العلة وإن تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة رجل فأتت منه بولد

وإن كانت أنثى تركت فى الغنم وإن كانت ذكرا وأنثى قالوا وصلت أخاها فلم تذبح لمكانها وكان لحمها حراما على النساء وبين الأم حراما على النساء إلا أن يموت شيء فيأكله الرجال والنساء ❊ وأما الحامى فهو الفحل إذا ركب ولد ولده ويقال إذا نتج من صلبه عشرة أبطن قالوا حمى ظهره فلم يركب ولا يمنع من مرعى ولا يخلى من ماء (قوله الكبر) بضم الكاف يعنى الكبير الأدنى تعصيبا

لم يثبت عليه الولاء لمولى الأم لأن الاستدامة فى الأصول أقوى من الابتداء ثم ابتداء الحرية فى الأب تسقط استدامة الولاء لمولى الأم فلأن تمنع استدامة الحرية فى الأب ابتداء الولاء لمولى الأم أولى وإن تزوج عبد لرجل بمعتقة لآخر وأولدها ولداثبت الولاء على الولد لموالى الأم فان اشترى الولد أباه عتق عليه وثبت له الولاء عليه وهل ينجر ولاء نفسه بعتق الأب فيه وجهان أحدهما لا ينجر لأنه لا يملك ولاء نفسه فعلى هذا يكون ولاؤه باقيا لموالى الأم والثانى أنه ينجر ولاء نفسه بعتق أبيه ولا يملكه على نفسه ولكن يزيل به الولاء عن نفسه ويصير حرا لا ولاء عليه لأن عتق الأب يزيل الولاء عن معتق الأم .

(فصل) إذا مات رجل وخلف اثنين وعبدا فادعى العبد أن المولى كاتبه فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فأدى إلى المصدق كتابته عتق نصفه وفى ولائه وجهان أحدهما أن الولاء بينهما لأنه عتق بسبب كان من أبيهما فكان الولاء بينهما والثانى أن الولاء للمصدق لأن المكذب أسقط حقه بالتكذيب فصار كما لو حلف أحد الأخوين على دين لأبيهما فأخذ نصفه فان الآخر لا يشارك فى نصفه وإن تزوج المكاتب بحرة فأولدها فان كان على الحرة ولاء لمعتق كان ولاء الولد فان عتق الأب بالأداء جر ولاء ولده من معتق الأم إلى معتقه فان اختلف مولاه ومولى الأم فقال مولى المكاتب قد عتق المكاتب بالأداء وجر إلى ولاء الولد وقال مولى الأم لم يعتق وولاء الولد لى نظرت فان كان المكاتب حيا عتق بإقرار سيده وانجر الولاء إلى معتقه ولا يمين عليه ولا على السيد وإن كان قد مات واختلف السيد ومولى الأم فان كان للسيد المكاتب بينة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين قضى له لأنها بينة على المال وإن لم تكن له بينة فالقول قول مولى الأم مع يمينه لأنا تيقنا رق المكاتب وثبوت الولاء لمعتق الأم فلا ينتقل عنه من غير بينة وبالله التوفيق .

﴿ كتاب الفرائض ﴾

الفرائض باب من أبواب العلم وتعلمها فرض من فروض الدين والدليل عليه ما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنى امرؤ مقبوض وإن العلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يختلف الاثنان فى الفريضة فلا يجدا من يفصل بينهما .

(فصل) وإذا مات الميت بدئ من ماله بكفنه ومؤنة تجهيزه لما روى خباب بن الأرت قال قتل مصعب بن عمير رضى الله عنه يوم أحد وليس له إلا نمرة كنا إذا غطينا بها رأسه خرجت رجله وإذا غطينا رجله خرج رأسه فقال النبى صلى الله عليه وسلم غطوا بها رأسه واجعلوا على رجله من الإذخر ولأن الميراث إنما انتقل إلى الورثة لأنه استغنى عنه الميت وفضل عن حاجته والكفن ومؤنة التجهيز لا يستغنى عنه فقدم على الإرث ويعتبر ذلك من رأس المال لأنه حق واجب فاعتبر من رأس المال كالدين.

(فصل) ثم يقضى دينه لقوله عز وجل «من بعد وصية يوصى بها أو دين» ولأن الدين تستغرقه حاجته فقدم على الإرث وهل ينتقل ماله إلى الورثة قبل قضاء الدين اختلف أصحابنا فيه فذهب أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله إلى أنه لا ينتقل بل هو باق على ملكه إلى أن يقضى دينه فان حدثت منه فوائد كـكسب العبد وولد الأمة ونتاج البهيمة تعلق بها حق الغرماء لأنه لو بيع كانت العهدة على الميت دون الورثة فدل على أنه باق على ملكه وذهب سائر أصحابنا إلى أنه ينتقل إلى الورثة فان حدثت منها فوائد لم يتعلق بها حق الغرماء وهو المذهب لأنه لو كان باقيا على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم أو أعتق من أقاربه قبل قضاء الدين ولوجب أن لا يرثه من مات من الورثة قبل قضاء الدين وإن كان الدين أكثر من قيمة التركة فقال الوارث أنا أفكها بقيمتها وطالب الغرماء ببيعها ففيه وجهان بناء على القولين فيما يفدى به المولى جناية العبد أحدهما لا يجب بيعها لأن الظاهر

(ومن كتاب الفرائض)

سميت فرائض لكثرة ذكر الفرض فيها (قوله ومؤنة تجهيزه) أى تهيئته وجهازه من الكفن والحنوط والغسل، يقال جهزت العروس إلى زوجها إذا هيئت وقد ذكر فى الجنائز (قوله وليس له إلا نمرة) النمرة بردة مخططة من صوف تلبسها الأعراب وقد ذكرت أيضا وذكر الإذخر

أنها لاتشترى بأكثر من قيمتها وقد بذل الوارث قيمتها فوجب أن تقبل والثانى يجب بيعها لأنه قد يرغب فيها من يزيد على القيمة فوجب بيعها.

(فصل) ثم تنفذ وصاياه لقوله عز وجل «من بعد وصية يوصى بها أو دين» ولأن الثلث بقى على حكم ملكه ليصرفه فى حاجاته فقدم على الميراث كالدين:

(فصل) ثم تقسم التركة بين الورثة والأسباب التى يتوارث بها الورثة المعينون ثلاثة رحم وولاء ونكاح لأن الشرع ورد بالإرث بها وأما المؤاخاة فى الدين والموالاة فى النصرة والإرث فلا يورث بها لأن هذا كان فى ابتداء الإسلام ثم نسخ بقوله عز وجل «وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله»:

(فصل) والوارثون من الرجال عشرة الابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد أبو الأب وإن علا والأخ وابن الأخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة والوارثات من النساء سبع البنت وبنت الابن والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة لأن الشرع ورد بتوريثهم على مانذكره إن شاء الله تعالى فأما ذوو الأرحام وهم الذين لافرض لهم ولا تعصيب فإنهم لايرثون وهم عشرة ولد البنات وولد الأخوات وبنات الاخوة وبنات الأعمام وولد الاخوة من الأم والعم من الأم والعمة والخال والخالة والجد أبو الأم ومن يدلى بهم والدليل عليه ماروى أبو أمامة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال إن الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه ولا وصية لوارث فأخبر أنه أعطى كل ذى حق حقه فدل على أن كل من لم يعطه شيئا فلا حق له ولأن بنت الأخ لاترث مع أخيها فلم ترث كبنت المولى ولا يرث العبد المعتق من مولاه لما ذكرناه من حديث أبى أمامة ولقوله صلى الله عليه وسلم «إنما الولاء لمن أعتق»:

(فصل) ولا يرث المسلم من الكافر ولا الكافر من المسلم أصليا كان أو مرتدا لما روى أسامة بن زيد رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ويرث الذمى من الذمى وإن اختلفت أديانهم كاليهودى من النصرانى والنصرانى من المجوسى لأنه حقن دمهم بسبب واحد فورث بعضهم من بعض كالمسلمين ولا يرث الحربى من الذمى ولا الذمى من الحربى لأن الموالاة انقطعت بينهما فلم يرث أحدهما من الآخر كالمسلم والكافر.

(فصل) ولا يرث الحر من العبد لأن ماعه من المال لايملكه فى أحد القولين وفى الثانى يملكه ملكا ضعيفا ولهذا لو باعه رجع إلى مالكه فكذلك إذا مات ولا يرث العبد من الحر لأنه لايورث بحال فلم يرث كالمرتد ومن نصفه حر ونصفه عبد لايرث وقال المزنى يرث بقدر مافيه من الحرية ويحجب بقدر مافيه من الرق والدليل على أنه لايرث أنه ناقص بالرق فى النكاح والطلاق والولاية فلم يرث كالعبد وهل يورث منه ماجمعه بالحرية فيه قولان قال فى الجديد يرثه ورثته لأنه مال ملكه بالحرية فورث عنه كمال الحر وقال فى القديم لايورث لأنه إذا لم يرث بحريته لم يورث بها وما الذى يصنع بماله قال الشافعى رضى الله عنه يكون لسيده وقال أبو سعيد الاصطخرى يكون لبيت المال لأنه لايجوز أن يكون لسيده لأنه جمعه بالحرية فلا يجوز أن يورث لرقه فجعل لبيت المال ليصرف فى المصالح كمال لامالك له:

(فصل) ومن أسلم أو أعتق على ميراث لم يقسم لم يرث لأنه لم يكن وارثا عند الموت فلم يرث كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمة وإن دبر رجل أخاه فعتق بموته لم يرثه لأنه صار حرا بعد الموت وإن قال له أنت حر فى آخر جزء من أجزاء حياتى المتصل بالموت ثم مات عتق من ثلثه وهل يرثه فيه وجهان أحدهما لايرثه لأن العتق فى المرض وصية والإرث والوصية لايجتمعان والثانى يرثه ولا يكون عتقه وصية لأن الوصية ملك بموت الموصى وهذا لم يملك نفسه بموته وإن قال فى مرضه إن مت بعد شهر فأنت اليوم حر فمات بعد شهر عتق من يوم تلفظ وهل يرثه على الوجهين:

(فصل) واختلف أصحابنا فيمن قتل مورثه فمنهم من قال إن كان القتل مضمونا لم يرثه لأنه قتل بغير حق وإن لم يكن مضمونا ورثه لأنه قتل بحق فلا يحرم به الإرث ومنهم من قال إن كان متهما كالمخطىء أو كان حاكما فقتله فى الزنا بالبينة لم يرثه لأنه متهم فى قتله لاستعجال الميراث وإن كان غير متهم بأن قتله بإقراره بالزنا ورثه لأنه غير متهم لاستعجال الميراث ومنهم من قال لايرث القاتل بحال وهو الصحيح لماروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لايرث القاتل شيئا ولأن القاتل حرم الإرث حتى

لايجعل ذريعة إلى استعجال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال لحسم الباب .

(فصل) واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن بت طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت فقال في أحد القولين إنها ترثه لأنه متهم في قطع إرثها فورثت كالقاتل لما كان متهما في استعجال الميراث لم يرث والثاني أنها لاترث وهو الصحيح لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الارث كالطلاق في الصحة فإذا قلنا إنها ترث فإلى أي وقت ترث فيه ثلاثة أقوال أحدها إن مات وهي في العدة ورثت لأن حكم الزوجية باق وإن مات وقد انقضت العدة لم ترث لأنه لم يبق حكم الزوجية والثاني أنها ترث مالم تتزوج لأنها إذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك والثالث أنها ترث أبدا لأن توريثها للفرار وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها وأما إذا طلقها في المرض ومات بسبب آخر لم ترث لأنه بطل حكم المرض وإن سألته الطلاق لم ترث لأنه غير متهم وقال أبو علي بن أبي هريرة ترث لأن عثمان بن عفان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبغ من عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه وكانت سألته الطلاق وهذا غير صحيح فان ابن الزبير خالف عثمان في ذلك وإن علق طلاقها في الصحة على صفة تجوز أن توجد قبل المرض فوجدت الصفة في حال المرض لم ترث لأنه غير متهم في عقد الصفة وإن علق طلاقها في المرض على فعل من جهتها فان كان فعلا يمكنها تركه ففعلت لم ترث لأنه غير متهم في ميراثها وإن كان فعلا لا يمكنها تركه كالصلاة وغيرها فهو على القولين وإن قذفها في الصحة ثم لاعنها في المرض لم ترث لأنه مضطر إلى اللعان لدرء الحد فلا تلحقه التهمة وإن فسخ نكاحها في مرضه بأحد العيوب ففيه وجهان أحدهما أنه كالطلاق في المرض والثاني أنها لا ترث لأنه يستند إلى معنى من جهتها ولأنه محتاج إلى الفسخ لما عليه من الضرر في المقام معها على العيب .

(فصل) وإن طلقها في المرض ثم صح ثم مرض ومات أو طلقها في المرض ثم ارتدت ثم عادت إلى الإسلام ثم مات لم ترثه قولا واحدا لأنه أتت عليها حالة لو مات سقط إرثها فلم يعد .

(فصل) وإن مات متوارثان بالغرق أو الهدم فان عرف موت أحدهما قبل الآخر ونسي وقف الميراث إلى أن يتذكر لأنه يرجى أن يتذكر وإن علم أنهما ماتا معا أو لم يعلم موت أحدهما قبل الآخر أو علم موت أحدهما قبل موت الآخر ولم يعرف بعينه جعل ميراث كل واحد منهما لمن بقي من ورثته ولم يورث أحدهما من الآخر لأنه لا تعلم حياته عند موت صاحبه فلم يرثه كالجنين إذا خرج ميتا .

(فصل) وإن أسر رجل أو فقد ولم يعلم موته لم يقسم ماله حتى يمضي زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله وإن مات له من يرثه دفع إلى كل وارث أقل ما يصيبه ووقف الباقي إلى أن يتبين أمره .

(باب ميراث أهل الفرائض)

وأهل الفرائض هم الذين يرثون الفروض المذكورة في كتاب الله عز وجل وهي النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس وهم عشرة الزوج والزوجة والأم والجدة والبنت وبنت الابن والأخت وولد الأم والأب مع الابن وابن الابن والجد مع الابن وابن الابن فأما الزوج فله فرضان النصف وهو إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن والربع وهو إذا كان معه ولد أو ولد ابن والدليل عليه قوله عز وجل «ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين» فأما الزوجة فلها أيضا فرضان الربع إذا لم يكن معها ولد ولا ولد ابن والثمن إذا كان معها ولد أو ولد ابن والدليل عليه قوله تعالى «ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين» فنص على فرضها مع وجود الولد وعدم الولد وقسنا ولد الابن في ذلك على ولد الصلب لاجماعهم على أنه كولد الصلب في الارث والتعصيب فكذلك في حجب الزوجين وللزوجتين والثلاث والأربع ما للواحدة من الربع والثمن لعموم الآية .

(قوله حتى لايجعل ذريعة) الذريعة الوسيلة أي يتوصل بها إلى الميراث (قوله لحسم الباب) الحسم القطع ومنه قيل للسيف حسام أي قاطع (قوله بت طلاق امرأته) البت القطع. بته يبته إذا قطعه (قوله لدرء الحد) الدرء الدفع. درأه درءا أي دفعا (قوله كالجنين) مشتق من الجنة وهي السترة . يقال جن واستجن إذا استتر وقد ذكر .

(فصل) وأما الأم فلها ثلاثة فروض أحدها الثلث وهو إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولا اثنان فصاعدا من الإخوة والأخوات لقوله عزوجل وورثه أبواه فلأمه الثلث والفرض الثاني السدس وذلك في حالين أحدهما أن يكون للميت ولد أو ولد ابن والدليل عليه قوله تعالى «ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد» ففرض لها السدس مع الولد وقسنا عليه ولد الابن والثاني أن يكون له اثنان فصاعدا من الإخوة والأخوات والدليل عليه قوله عزوجل «فان كان له إخوة فلأمه السدس» ففرض لها السدس مع الإخوة وأقلهم ثلاثة وقسنا عليهم الأخوين لأن كل فرض تغير بعدد كان الاثنان فيه كالثلاثة كفرض البنات والفرض الثالث ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين وذلك في مسألتين في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين للأم ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين والباقي للأب والدليل عليه أن الأب والأم إذا اجتمعا كان للأب الثلثان وللأم الثلث فإذا زاحمهما ذو فرض قسم الباقي بعد الفرض بينهما على الثلث والثلثين كما لو اجتمعا مع بنت :

(فصل) وأما الجدة فان كانت أم الأم أو أم الأب فلها السدس لما روى قبيصة بن ذؤيب قال جاءت الجدة إلى أبي بكر رضي الله عنه فسألته عن ميراثها فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه ليس لك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعي حتى أسأل الناس فسأل عنها فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاها السدس فقال أبو بكر رضي الله عنه هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة الأنصاري رضي الله عنه فقال مثل ما قال فأنفذه لها أبو بكر رضي الله عنه ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر رضي الله عنه فسألته ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئا ولكن هو ذلك السدس فان اجتمعتما فيه فهو بينكما فأيكما خلت به فهو لها وإن كانت أم أبي الأم لم ترث لأنها تدلي بغير وارث وإن كانت أم أبي الأب ففيه قولان أحدهما أنها ترث وهو الصحيح لأنها جدة تدلي بوارث فورثت كأم الأم وأم الأب والثاني أنها لا ترث لأنها جدة تدلي بجد فلم ترث كأم أبي الأم فان اجتمعت جدتان متحاذيتان كأم الأم وأم الأب فالسدس بينهما لما ذكرناه فان كانت إحداهما أقرب نظرت فان كانتا من جهة واحدة ورثت القربى دون البعدى لأن البعدى تدلي بالقربى فلم ترث معها كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم وإن كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم ففيه قولان أحدهما أن القربى تحجب البعدى لأنهما جدتان ترث كل واحدة منهما إذا انفردت فحجبت القربى منهما البعدى كما لو كانت القربى من جهة الأم والثاني لا تحجبها وهو الصحيح لأن الأب لا يحجب الجدة من جهة الأم فلأن لا تحجبها الجدة التي تدلي به أولى وتخالف القربى من جهة الأم فان الأم تحجب الجدة من قبل الأب فحجبتها أمها والأب لا يحجب الجدة من قبل الأم فلم تحجبها أمه فان اجتمعت جدتان إحداهما تدلي بولادتين بأن كانت أم أم أب أو أم أم أم والأخرى تدلي بولادة واحدة كأم أبي أب ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس أن السدس يقسم بين الجدتين على ثلاثة فتأخذ التي تدلي بولادة سهما وتأخذ التي تدلي بولادتين سهمين والثاني وهو الصحيح أنهما سواء لأنه شخص واحد فلا يأخذ فرضين :

(فصل) وأما البنت فلها النصف إذا انفردت لقوله تعالى «وإن كانت واحدة فلها النصف» وللاثنتين فصاعدا الثلثان لما روى جابر بن عبد الله قال جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد قتل أبوهما معك يوم أحد ولم يدع عمهما لهما مالا إلا أخذه فما ترى يا رسول الله فوالله لا تنكحان إلا ولهما مال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي الله في ذلك فنزلت إليه سورة النساء «يوصيكم الله في أولادكم» فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادعوا لي المرأة وصاحبها فقال لعمهما أعطهما الثلثين وأعط أمهما الثمن وما بقي فلك فدلت الآية وهو قوله تعالى «فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك» على فرض ما زاد على الاثنتين ودلت السنة على فرض الثنتين :

(قوله وأيكما خلت به) أي انفردت به مأخوذ من الموضع الخالي الذي ليس فيه أحد (قوله جدتان متحاذيتان) أي متساويتان وحذاء الشيء إزاؤه . يقال قعد بحذائه وحاذاه أي صار بحذائه (قوله تدلي بالقربى) ويدلي الأب أي يتوصل ويمت وهو من إدلاء الدلو إلى الماء ومنه قول عمر رضي الله عنه حين استسقى بالعباس رضي الله عنه دلونا به إليك مستشفعين . وأدلى بحجته أي احتج بها وهو يدلي برحمه أي يمت بها (قوله الأم تحجب الجدة) والحجب وهم محجوبون كله بمعنى ممنوعون . وحجبه أي منعه من الدخول، وأصل الحجاب الستر الذي يمنع عن النظر (قوله فصاعدا) هو من الصعود والارتفاع إلى فوق أي فما فوق ذلك منعه (قوله وإن كن نساء فوق اثنتين) المراد به الاثنتين فصاعدا كقوله تعالى «فاضربوا فوق الأعناق» والمراد اضربوا الأعناق

(فصل) وأما بنت الابن فلها النصف إذا انفردت وللاثنتين فصاعدا الثلثان لاجماع الأمة على ذلك ولبنت الابن مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين : لما روى الهزيل بن شرحبيل قال جاء رجل إلى أبي موسى وسلمان بن ربيعة رضى الله عنهما فسألهما عن بنت وبنت ابن وأخت فقالا للبنت النصف وللأخت النصف وآت عبد الله فإنه سيتابعنا فأتى عبد الله فقال إنى قد ضللت إذا وما أنا من المهتدين لأقضين بينهما بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين ومابقى فللأخت ولأن بنت الابن ترث فرض البنات ولم يبق من فرض البنات إلا السدس وهكذا لو ترك بنتا وعشر بنات ابن كان للبنت النصف ولبنات الابن السدس تكملة الثلثين لما ذكرناه من المعنى وإن ترك بنتا وبنت ابن ابن أو بنات ابن ابن أسفل من البنت بدرج كان لهن السدس لأنه بقية فرض البنات ولبنت ابن الابن أو بنات ابن الابن مع بنت الابن من السدس تكملة الثلثين ما للبنت الابن وبنات الابن مع بنت الصلب وعلى هذا أبدا .

(فصل) وأما الأخت للأب والأم فلها النصف إذا انفردت وللاثنتين فصاعدا الثلثان لقوله عز وجل يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وللثلاث فصاعدا ما للاثنتين لأن كل فرض يغير بالعدد كان الثلاث فيه كالاثنتين كالبنات وللأخت من الأب عند عدم الأخت من الأب والأم النصف إذا انفردت وللاثنتين فصاعدا الثلثان لأن ولد الأب مع ولد الأب والأم كولد الابن مع ولد الصلب فكان ميراثهم كميراثهم .

(فصل) والأخوات من الأب والأم مع البنات عصبة ومع بنات الابن والدليل عليه ما ذكرناه من حديث الهزيل بن شرحبيل وروى إبراهيم عن الأسود قال قضى فينا معاذ بن جبل رضى الله عنه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى امرأة تركت بنتها وأختها للبنت النصف وللأخت النصف وعن الأسود قال كان ابن الزبير لا يعطى الأخت مع البنت شيئا فقلت إن معاذا قضى فينا باليمن فأعطى البنت النصف والأخت النصف قال فأنت رسولى بذلك فإن لم تكن أخوات من الأب والأم فالأخوات من الأب لأنهن يرثن ما يرث الأخوات من الأب والأم عند عدمهن .

(فصل) وأما ولد الأم فللواحد السدس وللاثنين فصاعدا الثلث والدليل عليه قوله عز وجل وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث والمراد به ولد الأم والدليل عليه ماروى أن عبد الله وسعدا كانا يقرآن وله أخ أو أخت من أم وسوى بين الذكور والاناث للآية ولأنه إرث بالرحم المحض فاستوى فيه الذكر والأنثى كميراث الأبوين مع الابن .

(فصل) وأما الأب فله السدس مع الابن وابن الابن لقوله عز وجل ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ففرض له السدس مع الابن وقيس عليه إذا كان مع ابن الابن لأن ابن الابن كالابن فى الحجب والتعصيب وأما الجد فله السدس مع الابن وابن الابن لإجماع الأمة .

(فصل) ولا ترث بنت الابن مع الابن ولا الجدة أم الأب مع الأب لأنها تدلى به ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الابن مع الابن والجد مع الأب ولا ترث الجدة من الأم مع الأم لأنها تدلى بها ولا الجدة من الأب لأن الأم فى درجة الأب والجدة فى درجة الجد فلم ترث معها كما لا يرث الجد مع الأب .

(فصل) ولا يرث ولد الأم مع أربعة مع الولد وولد الابن والأب والجد لقوله عز وجل وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فورثهم فى الكلالة والكلالة من سوى الوالد والولد والدليل عليه ماروى جابر رضى الله عنه قال جاءنى النبى صلى الله عليه وسلم يعودنى وأنا مريض لا أعقل فتوضأ وصب من وضوئه على فعقلت فقلت يارسول الله لمن الميراث وإنما يرثنى كلالة قال فنزلت آية الفرض وروى أنه قال كيف أصنع فى مالى ولى أخوات فنزلت آية المواريث يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة والكلالة هو من ليس له ولد ولا والد وله إخوة ولأن الكلالة مشتق من الاكليل وهو الذى يحتاط بالرأس

(قوله قد ضللت إذا) ضل الرجل عن الطريق إذا لم يعرفه ولم يهتد له فهو ضال (قوله تكملة) هى تفعلة من الكمال مثل تكرمة من الاكرام ومنه ولا يقعد على تكرمته إلا بإذنه .

من الجوانب والذين يحيطون بالميت من الجوانب الإخوة فأما الوالد والولد فليسا من الجوانب بل أحدهما من أعلاه والآخر من أسفله ولهذا قال الشاعر يمدح بني أمية :

ورثتم قناة الملك لاعن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

(فصل) ولا يرث ولد الأب والأم مع ثلاثة مع الابن وابن الابن والأب والدليل عليه قوله عز وجل «يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد» فورثهم في الكلالة وقد بينا أن الكلالة أن لا تكون والدا ولا ولدا .

(فصل) وإذا استكمل البنات الثلثين ولم يكن مع من دونهن من بنات الابن ذكر لم يرثن . لما روى الأعمش عن إبراهيم قال قال زيد رضي الله عنه إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء إلا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال إذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين وإن كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن ولأنا لو ورثنا من دونهن من بنات الابن فرضا مستأنفا لم يجز لأنه ليس للبنات بالبنوة أكثر من الثلثين وإن شركنا بينهن وبين بنات الابن لم يجز لأنهن أنزل منهن بدرجة فلا يجوز أن يشاركنهن وإن استكمل الأخوات للأب والأم الثلثين ولم يكن مع الأخوات للأب ذكر يعصبهن لم يرثن لما ذكرناه من المعنى في البنات وبنات الابن :

(فصل) ومن لا يرث ممن ذكرناه من ذوي الأرحام أو كان عبدا أو قاتلا أو كافرا لم يحجب غيره من الميراث لأنه ليس بوارث فلم يحجب كالأجنبي :

(فصل) وإن اجتمع أصحاب فروض ولم يحجب بعضهم بعضا فرض لكل واحد منهم فرضه فإن زادت سهامهم على سهام المال أعيلت بالسهم الزائد ودخل النقص على كل واحد منهم بقدر فرضه فإن ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختين من الأم وأختين من الأب والأم فللزوج النصف وللأم السدس وللأختين من الأم الثلث وللأختين من الأب والأم الثلثان وأصل الفريضة من ستة وتعول إلى عشرة وهو أكثر ما تعول إليه الفرائض لأنها عالت بثلثيها وتسمى أم الفروخ لكثرة السهام العائلة وتسمى الشريحية لأنها حدثت في أيام شريح وقضى فيها وإن مات رجل وخلف ثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات من الأم وثماني أخوات من الأب والأم فللزوجات الربع وللجدتين السدس وللأخوات من الأم الثلث وللأخوات من الأب والأم الثلثان وأصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر وهو أكثر ما يعول إليه هذا الأصل وتسمى أم الأرامل وإن مات رجل وخلف زوجة وأبوين وابنتين فللزوجة الثمن وللأبوين السدسان وللابنتين الثلثان وأصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين وتسمى المنبرية لأنه روي أن عليا كرم الله وجهه سئل عن ذلك وهو على المنبر فقال صار ثمنها تسعا وإن ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختا من أب وأم فللزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث وأصلها من ستة وتعول إلى ثمانية وهي أول مسئلة أعيلت في خلافة عمر رضي الله عنه وتعرف بالمباهلة فإن ابن عباس رضي الله عنه أنكر العول وقال هذان النصفان ذهبا بالمال فأين موضع الثلث فقيل له والله لئن مت أو متنا فيقسم ميراثنا إلا على ما عليه القوم قال فلندع أبناءنا وأبناءهم ونساءنا ونساءهم وأنفسنا

(قوله قناة الملك) القناة الرمح وجمعها قنوات وقنى على فعول وقناء مثل جبل وجبال وقوله :

• عن ابني مناف عبد شمس وهاشم • لأن بني أمية ورثوا الخلافة عن عثمان رضي الله عنه وأبوه من بني عبد شمس وأم أمه من بني هاشم وهي البيضاء بنت عبد المطلب بن هاشم فجدته لأمه عمة النبي صلى الله عليه وسلم (قوله الكلالة) مفسرة في الكتاب قال الجوهري هي مصدر كل الرجل يكل كلالة . قال وقال هي مصدر من تكلله النسب أي تطوفه كأنه أخذ طرفيه من جهة الولد والوالد وليس منهما أحد فيسمى بالمصدر (قوله يعصبهن) والعصبة والتعصيب كله مشتق من العصابة لأنها تحيط بجميع الميراث كما تحيط العصابة بجميع الرأس والعصب هو اللي الشديد (قوله أعيلت) وعالت أي ارتفعت فزادت سهامها فيدخل النقص على أهل الفرائض . وقال أبو عبيد أصله من الميل وقد ذكر قال أبو طالب : بميزان صدق لا تفل شعيرة له شاهد من أهله غير عائل وأكثر ما تعول إليه أن ترتفع وتزيد من الستة إلى العشرة ونحو ذلك (قوله أم الفروخ) شبهت بالطائر الذي له فروخ كثيرة كالدجاج والقبج ونحوه . وأم الأرامل لأن أهل الفرض فيها كلهم نساء (قوله المباهلة) هي الملاعنة يقال عليه بهلة الله ونهلة الله أي لعنة الله :

وأنفسهم ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين والدليل على إثبات العول أنها حقوق مقدرة متفقة فى الوجوب ضاقت التركة عن جميعها فقسمت التركة على قدرها كالديون .

(فصل) وإن اجتمع فى شخص جهتا فرض كالمجوسى إذا تزوج ابنته فأتت منه ببنت فإن الزوجة صارت أم البنت وأختها من الأب والبنت بنت الزوجة وأختها فإن ماتت البنت ورثتها الزوجة بأقوى القرابتين وهى بكونها أما ولا ترث بكونها أختا لأنها شخص واحد اجتمع فيه شيئان يورث بكل واحد منهما الفرض فورث بأقواها ولم ترث بهما كالأخت من الأب والأم وإن ماتت الزوجة ورثتها البنت النصف بكونها بنتا وهل ترث الباقى بكونها أختا فيه وجهان أحدهما لا ترث لما ذكرناه من العلة والثانى ترث لأن إرثها بكونها بنتا بالفرض وإرثها بكونها أختا بالتعصيب لأن الأخت مع البنت عصبة فجاز أن ترث بهما كأخ من أم وهو ابن عم :

(باب ميراث العصبة)

العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى وهم الأب والابن ومن يدلى بهما وأولى العصبات الابن والأب لأنهما يدليان بأنفسهما وغيرهما يدلى بهما فإن اجتمعا قدم الابن لأن الله عز وجل بدأ به فقال يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين والعرب تبدأ بالأهم فالأهم ولأن الأب إذا اجتمع مع الابن فرض له السدس وجعل الباقى للابن ولأن الابن يعصب أخته والأب لا يعصب أخته ثم ابن الابن وإن سفل لأنه يقوم مقام الابن فى الارث والتعصيب ثم الأب لأن سائر العصبات يدلون به ثم الجد إن لم يكون أخ لأنه أب الأب ثم أبو الجد وإن علا وان لم يكن جد فالأخ لأنه ابن الأب ثم ابن الأخ وإن سفل ثم العم لأنه ابن الجد ثم ابن العم وإن سفل ثم عم الأب لأنه ابن أبى الجد ثم ابنه وإن سفل وعلى هذا أبدا .

(فصل) وإن انفرد الواحد منهم أخذ جميع المال والدليل عليه قوله عز وجل إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فورث الأخ جميع مال الأخت إذا لم يكن لها ولد وإن اجتمع مع ذى فرض أخذ ما بقى لما رويناه من حديث جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ورث أخا سعد بن الربيع ما بقى من فرض البنات والزوجة فدل على أن هذا حكم العصبة :

(فصل) وإن اجتمع اثنان قدم أقربهما فى الدرجة لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال الحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى عصبة ذكر وإن اجتمع اثنان فى الدرجة وأحدهما يدلى بالأب والأم والآخر يدلى بالأب قدم من يدلى بالأب والأم لأنه أقرب وإن استويا فى الدرجة والإدلاء استويا فى الميراث لتساويهما .

(فصل) ولا يعصب أحد منهم أنثى إلا الابن وابن الابن والأخ فإنهم يعصبون أخواتهم فأما الابن فإنه يعصب أخواته للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى «يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين» وأما ابن الابن فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه سواء كان لهن شىء من فرائض البنات أو لم يكن وقال أبو ثور إذا استكمل البنات الثلثين فالباقى لابن الابن ولا شىء لبنات الابن لأن البنات لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين فلو عصبنا بنت الابن بابن الابن بعد استكمال البنات الثلثين صار ما تأخذه بالتعصيب زيادة على الثلثين وهذا خطأ لقوله تعالى «يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين» والولد يطلق على الأولاد وأولاد الأولاد والدليل عليه قوله تعالى «يا بنى آدم» وقوله صلى الله عليه وسلم لقوم من أصحابه يا بنى إسماعيل ارموا فإن أباكم كان راميا ولأنه يقال لمن ينتسب إلى تميم وطيىء بنو تميم وبنو طيىء وقوله إنهن لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين فإنما يمتنع ذلك من جهة الفرض فأما فى التعصيب فلا يمتنع كما لو ترك ابنا وعشر بنات فإن للابن السدس وللبنات خمسة أسداس وهو أكثر من الثلثين وأما ابن الابن وإن سفل فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه سواء بقى لهن من فرض البنات شىء أو لم يبق كما يعصب ابن

(ومن باب ميراث العصبة)

(قوله لأولى عصبة ذكر) قال الهروى يعنى أدنى وأقرب فى النسب مأخوذ من الولى وهو القرب . وليس بمعنى أحق من قولهم فلان أولى بكذا أى أحق به (قوله للذكر مثل حظ الأنثيين) الحظ ههنا السهم والنصيب أى مثل نصيب الأنثيين وفى غيره الجد والبخت : والحظ أيضا الشرف :

الابن من يحاذيه وأما من فوقه من العمات فينظر فيه فإن كان لهن من فرض البنات من الثلثين أو السدس شيء أخذ الباقي ولم يعصبهن لأنهن يرثن بالفرض ومن ورث بالفرض بقرابة لم يرث بالتعصيب بتلك القرابة وإن لم يكن لهن من فرض البنات شيء عصبهن لما روى عن زيد بن ثابت رضى الله عنه أنه قال إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء إلا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال إذا كان أسفل منهن ردعلى من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين وإن كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن ولأنه لا يجوز أن يرث بالبنوة مع البعد ولا يرث عماته مع القرب ولا يعصب من هو أنزل منه من بنات أخيه بل يكون الباقي له لما ذكرناه من قول زيد بن ثابت فإن كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن ولأنه عصبة فلا يرث معه من هو دونه كالابن مع بنت الابن وأما الأخ فإنه يعصب أخواته لقوله تعالى وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين

(فصل) ولا يشارك أحد من العصبات أهل الفروض فى فروضهم إلا ولد الأب والأم فإنهم يشاركون ولد الأم فى ثلثهم فى المشتركة وهى زوج وأم أو جدة واثنان من ولد الأم وولد الأب والأم واحدا كان أو أكثر فيفرض للزوج النصف وللأم أو الجدة السدس ولولد الأم الثلث يشاركهم ولد الأب والأم فى الثلث لأنهم يشاركونهم فى الرحم الذى ورثوا بها الفرض فلا يجوز أن يرث ولد الأم ويسقط ولد الأب والأم كالأب لما شارك الأم فى الرحم بالولادة لم يجز أن ترث الأم ويسقط الأب وتعرف هذه المسئلة بالمشتركة لما فيها من التشريك بين ولد الأب والأم وولد الأم فى الفرض وتعرف بالحمارية فإنه يحكى فيها عن ولد الأب والأم أنهم قالوا احسب أن أبانا كان حمارا أليس أمنا وأمهم واحدة .

(فصل) وإن اجتمع فى شخص واحد جهة فرض وجهة تعصيب كابن عم هو زوج أو ابن عم هو أخ من أم ورث بالفرض والتعصيب لأنهما إرثان مختلفان بسببين مختلفين فإن اجتمع ابنا عم أحدهما أخ من الأم ورث الأخ من الأم السدس والباقى بينه وبين الآخر وقال أبو ثور المال كله للذى هو أخ من الأم لأنهما عصبتان يدلى أحدهما بالأبوين والآخر بأحدهما فقدم من يدلى بهما كالأخوين أحدهما من الأب والآخر من الأب والأم وهذا خطأ لأنه استحق الفرض بقرابة الأم فلا يقدم بها فى التعصيب كابنى عم أحدهما زوج .

(فصل) وإن لاعن الزوج ونفى نسب الولد انقطع التوارث بينهما لانتفاء النسب بينهما ويبقى التوارث بين الأم والولد لبقاء النسب بينهما وإن مات الولد ولا وارث له غير لأم كان لها الثلث وإن أتت بولدين توأمين فنفاهما الزوج باللعان ثم مات أحدهما وخلف أخاه ففيه وجهان أحدهما أنه يرثه ميراث الأخ من الأم لأنه لا نسب بينهما من جهة الأب فلم يرث بقرابته كالتوأمين من الزنا إذا مات أحدهما وخلف أخاه والثانى أنه يرثه ميراث الأخ من الأب والأم لأن اللعان ثبت فى حق الزوجين دون غيرهما ولهذا لو قذفها الزوج لم يحد ولو قذفها غيره حد والصحيح هو الأول لأن النسب قد انتفى بينهما فى حق كل واحد كما انقطع الفراش بينهما فى حق كل أحد يجوز لكل أحد أن يتزوجها .

(فصل) وإن كان الوارث خنثى وهو الذى له فرج الرجال وفرج النساء فإن عرف أنه ذكر ورث ميراث ذكر وإن عرف أنه أنثى ورث ميراث أنثى وإن لم يعرف فهو الخنثى المشكل وورث ميراث أنثى فإن كان أنثى وحده ورث النصف فإن كان معه ابن ورث الثلث وورث الابن النصف لأنه يقين ووقف السدس لأنه مشكوك فيه وإن كانا خنثيين ورثا الثلثين لأنه يقين ووقف الباقى لأنه مشكوك فيه ويعرف إنه ذكر أو أنثى بالبول فإن كان يبول من الذكر فهو ذكر وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال يورث الخنثى من حيث يبول وروى عنه أنه قال إن خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر وإن خرج من مبال الأنثى فهو أنثى ولأن الله تعالى جعل بول الذكر من الذكر وبول الأنثى من الفرج فرجع فى التمييز إليه وإن كان يبول منهما نظرت فإن كان يبول من أحدهما أكثر فقد روى المزنى فى الجامع أن الحكم للأكثر وهو قول بعض أصحابنا لأن الأكثر هو الأقوى فى الدلالة والثانى أنه لا تعتبر الكثرة لأن اعتبار الكثرة يشق فسقط وإن لم يعرف بالبول سئل عما

(قوله توأمين) التوأم وزنه فوعل : والأنثى توأمة : والجمع توائم مثل قشعم وقشاعم : وتوآم قال الشاعر :

قالت لنا ودمعها توآم على الذين ارتحلوا السلام

(قوله من مبال الذكر) بالباء بواحدة من تحت وهو موضع البول :

يميل إليه طبعه فان قال أميل إلى النساء فهو ذكر وإن قال أميل إلى الرجال فهو أنثى وإن قال أميل إليهما فهو المشكل وقد بيناه ومن أصحابنا من قال إن لم يكن فى البول دلالة اعتبر عدد الأضلاع فان نقص من الجانب الأيسر ضلع فهو ذكر فان أضلاع الرجل من الجانب الأيسر أنقص فان الله عز وجل خلق حواء من ضلع آدم الأيسر فمن ذلك نقص من الجانب الأيسر ضلع ولهذا قال الشاعر :

هى الضلع العوجاء لست تقيمها ألا إن تقويم الضلوع انكسارها
أتجمع ضعفا واقتدارا على الفتى أليس عجيبا ضعفها واقتدارها

(فصل) وإن مات رجل وترك حملا وله وارث غير الحمل نظرت فان كان له سهم مقدر لاينقص كالزوجة دفع إليها الفرض ووقف الباقى إلى أن ينكشف ، وإن لم يكن له سهم مقدر كالابن وقف الجميع لأنه لايعلم أكثر ماتحمله المرأة والدليل عليه أن الشافعى رحمه الله قال دخلت إلى شيخ باليمن لأسمع منه الحديث فجاءه خمسة كهول فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة شباب فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة فتيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة صبيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه فقلت من هؤلاء فقال أولادى كل خمسة منهم فى بطن وفى المهد خمسة أطفال وقال ابن المرزبان أسقطت امرأة بالأنبار كيسا فيه اثنا عشر ولدا كل اثنين متقابلان فاذا انفصل الحمل واستهل ورث لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال إن من السنة أن لايرث المنفوس ولايورث حتى يستهل صارخا فان تحرك حركة حى أو عطس ورث لأنه عرف حياته فورث كما لو استهل وإن خرج ميتا لم يرث لأنا لانعلم أنه كان وارثا عند موت مورثه وإن تحرك حركة مذبوح لم يرث لأنه لم يعرف حياته وإن خرج بعضه وفيه حياة ومات قبل خروج الباقى لم يرث لأنه لايثبت له حكم الدنيا قبل انفصال جميعه ولهذا لاتنقضى به العدة ولا يسقط حق الزوج عن الرجعة قبل انفصال جميعه :

(فصل) وإن مات رجل ولم تكن له عصبة ورثه المولى المعتق كما ترثه العصبة على ماذكرناه فى باب الولاء فان لم يكن له وارث نظرت فان كان كافرا صار ماله لمصالح المسلمين وإن كان مسلما صار ماله ميراثا للمسلمين لأنهم يعقلونه إذا قتل فانتقل ماله إليهم بالموت ميراثا كالعصبة فان كان للمسلمين إمام عادل سلم إليه ليضعه فى بيت المال لمصالح المسلمين وإن لم يكن إمام عادل ففيه وجهان أحدهما أنه يرد على أهل الفرض على قدر فروضهم إلا على الزوجين فان لم يكن أهل الفرض قسم على ذوى الأرحام على مذهب أهل التنزيل فيقام كل واحد منهم مقام من يدلى به فيجعل ولد البنات والأخوات بمنزلة أمهاتهم وبنات الاخوة والأعمام بمنزلة آبائهم وأبو الأم والخال بمنزلة الأم والعمة والعم من الأم بمنزلة الأب لأن الأمة أجمعت على الإرث بإحدى الجهتين فإذا عدمت إحداهما تعينت الأخرى والثانى وهو المذهب أنه لايرد على أهل السهام ولايقسم المال على ذوى الأرحام لأنا دللنا أنه للمسلمين والمسلمون لم يعدموا وإنما عدم من يقبض لهم فلم يسقط حقهم كما لو كان الميراث لصبى وليس له ولى فعلى هذا يصرفه من فى يده المال إلى المصالح :

(باب الجد والاخوة)

إذا اجتمع الجد أو أبو الجد وإن علا مع ولد الأب والأم أو ولد الأب ولم تنقصه المقاسمة من الثلث قاسمهم وعصب إناثهم وقال المزنى يسقطهم ووجهه أن له ولادة وتعصيبا بالرحم فأسقط ولد الأب والأم كالأب وهذا خطأ لأن ولد الأب يدلى بالأب فلم يسقطه الجد كأم الأب ويخالف الأب فان الأخ يدلى به ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الأخ مع الأخ وأم الأب مع الأب والجد والأخ

(قوله خمسة كهول) الكهل من الرجال الذى جاوز الثلاثين وخطه الشيب. وخمسة فتيان لافرق فى اللغة بين الشاب والفتى وهو البالغ الحديث السن : وهذا الشيخ هو من بادية صنعاء من قرية تسمى خيرة (قوله أسقطت امرأة بالأنبار كيسا) هو وعاء الولد مأخوذ من كيس الدراهم (قوله لايرث المنفوس) هو المولود. والنفاس الولادة وأصله النفس وهو الدم (قوله حتى يستهل صارخا) أى يرتفع صوته بالبكاء وأصله من رؤية الهلال وقد ذكر (قوله لأنهم يعقلونه) أى يؤدون عنه العقل وهو الدية (قوله أهل التنزيل) سموا بذلك لأنهم ينزلون من لايرث بمنزلة من يرث ممن يدلى به : وأهل الرد الذين يردون مافضل من الفريضة على أهل الفرض إذا لم يكن عصبة

يدليان بالأب فلم يسقط أحدهما الآخر كالأخوين من الأب وأم الأب مع الجد ولأن الأب يحجب الأم من الثلث إلى ثلث الباقي مع الزوجين والجد لايحجبها :

(فصل) وإن اجتمع مع الجد ولد الأب والأم وولد الأب عاد ولد الأب والأم الجد بولد الأب لأن من حجب بولد الأب والأم وولد الأب إذا انفرد حجب بهما إذا اجتمعا كالأم فان كان له جد وأخ من أب وأم وأخ من أب قسم المال على ثلاثة أسهم للجد سهم ولكل واحد من الأخوين سهم ثم يرد الأخ من الأب سهمه على الأخ من الأب والأم لأنه لا يرث معه فلم يشاركه فيما حجبا عنه كما لايشارك الأخ من الأب الأخ من الأب والأم فيما حجبا عنه الأم وتعرف هذه المسئلة بالمعادة لأن الأخ من الأب والأم عاد الجد بالأخ من الأب ثم أخذ منه ماحصل له وإن اجتمع مع الجد أخ من الأب وأخت من الأب والأم قسم المال على خمسة أسهم للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم ثم يرد الأخ على الأخت تمام النصف وهو سهم ونصف ويأخذ ما بقى وهو نصف سهم لأن الأخ من الأب إنما يرث مع الأخت من الأب والأم ما يبقى بعد استكمال الأخت النصف وتصح من عشرة وتسمى عشرية زيد رضى الله عنه وإن اجتمع مع أختين من الأب وأختين من الأب والأم قسم المال بينهم على ستة أسهم للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم ترد الأختان من الأب جميع ما حصل لهما على الأختين من الأب والأم لأنهما لا يرثان قبل أن تستكمل الأختان من الأب والأم الثلثين .

(فصل) وإن كانت المقاسمة تنقص الجد من الثلث بأن زاد الإخوة على اثنين والأخوات على أربع فرض للجد الثلث وقسم الباقي بين الاخوة والأخوات لأنا قد دللنا على أنه يقاسم الواحد ولا خلاف أنهم لايقاسمونه أبدا فكان التقدير بالاثنين أشبه بالأصول فان الحجب إذا اختلف فيه الواحد والجماعة وجب التقدير فيه بالاثنين كحجب الأم من الثلث وحجب البنات لبنات الابن وحجب الأخوات للأب والأم للأخوات للأب ولا يعاد ولد الأب والأم الجد بولد الأب في هذا الفصل لأن المعادة تحجب الجد ولا سبيل إلى حجبه عن الثلث.

(فصل) وإن اجتمع مع الجد والاخوة من له فرض أخذ صاحب الفرض فرضه وجعل للجد أوفر الأمرين من المقاسمة أو ثلث الباقي مالم ينقص عن سدس جميع المال لأن الفرض كالمستحق من المال فيصير الباقي كأنه جميع المال وقد بينا أن حكمه في جميع المال أن يجعل له أوفر الأمرين من المقاسمة أو ثلث المال فكذلك فيما بقى بعد الفرض فان نقصته المقاسمة أو ثلث الباقي عن السدس فرض له السدس لأن ولد الأب والأم ليس بأكثر من ولد الصلب ولو اجتمع الجد مع ولد الصلب لم ينقص حقه من السدس فلأن لاينقص مع ولد الأب والأم أولى وإن مات رجل وخلف بنتا وجدا وأختا فللبنت النصف والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين وهي من مربعات عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فانه قال للبنت النصف والباقي بين الجد والأخت نصفان وتصح من أربعة وإن ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وجدا فللزوج النصف وللأم الثلث والباقي للجد وهو السدس وهي من مربعات عبد الله رضى الله عنه لأنه يروى عنه أنه قال للزوج النصف والباقي بين الجد والأم نصفان وتصح من أربعة وهذا خطأ لأن الجد أبعد من الأم فلم يجز أن يحجبها كجد الأب مع أم الأب وإن مات رجل وخلف زوجة وأما وأخا وجدا فللزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الجد والأخ نصفان وتصح من أربعة وعشرين للزوجة ستة أسهم وللأم ثمانية والباقي بين الجد والأخ لكل واحد منهما خمسة وهي من مربعات عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فانه روى عنه أنه جعل للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقى والباقي بين الجد والأخ نصفان وتصح من أربعة للزوجة سهم وللأم سهم وللأخ سهم وللجد سهم وإن مات رجل وخلف امرأة وجدا وأختا فللمرأة الربع والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين وتعرف بالمربعة لأن مذهب زيد ماذكرناه ومذهب أبي بكر وابن عباس رضى الله عنهما للمرأة الربع والباقي للجد ومذهب علي وعبد الله رضى الله عنهما للمرأة الربع وللأخت النصف والباقي للجد واختلفوا فيها على ثلاثة مذاهب واتفقوا على القسمة من أربعة وإن مات رجل وخلف أما وأختا وجداً فللام الثلث والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين

(قوله عاد) مأخوذ من العدة ، وأصله عدد فأسكن الدال الاول ثم أدغم ومد

وتسمى الخرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها فان زيداً ذهب إلى ماقلناه وذهب أبو بكر وابن عباس رضي الله عنهما إلى أن للأم الثلث والباقي للجد وذهب عمر إلى أن للأخت النصف وللأم ثلث الباقي وهو السدس والباقي للجد وذهب عثمان رضي الله عنه إلى أن للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت نصفان وتصح من ثلاثة وذهب علي عليه السلام إلى أن للأخت النصف وللأم الثلث والباقي للجد وعن ابن مسعود روايتان إحداهما مثل قول عمر رضي الله عنه والثانية للأخت النصف والباقي بين الأم والجد نصفان وتصح من أربعة وتعرف بمثلثة عثمان ومربعة عبدالله رضي الله عن الجميع.

(فصل) ولا يفرض للأخت مع الجد إلا في مسئلة واحدة وهي إذا ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأماً وأختاً وجداً فللزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس وللأخت النصف وأصلها من ستة وتعول إلى تسعة ويجمع نصف الأخت وسدس الجد فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وتصح من سبعة وعشرين للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة لأنه لابد من أن يعطى الزوج النصف لأنه ليس ههنا من يحجبه ولابد من أن تعطى الأم الثلث لأنه ليس ههنا من يحجبها ولابد من أن يعطى الجد السدس لأن أقل حقه السدس ولا يمكن إسقاط الأخت لأنه ليس ههنا من يسقطها ولا يمكن أن تعطى النصف كاملا لأنه لا يمكن تفضيلها على الجد فوجب أن يقسم مالهما بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وتعرف هذه المسئلة بالأكدرية لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الأكدر فنسبت إليه وقيل سميت أكدرية لأنها كدرت على زيد أصله لأنه لا يعيل مسائل الجد وقد أعال ولا يفرض للأخت مع الجد وقد فرض فان كان مكان الأخت في الأكدرية أخ لم يرث لأن للزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس ولا يجوز أن يشارك الجد في السدس لأن الجد يأخذ السدس بالفرض والأخ لا يرث بالفرض وإنما يرث بالتعصيب ولم يبق ما يرثه بالتعصيب فسقط وبالله التوفيق.

(كتاب النكاح)

النكاح جائز لقوله تعالى «فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» ولما روى علقمة عن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه الصوم فانه له وجاء».

(فصل) ولا يصح النكاح إلا من جائز التصرف فأما الصبي والمجنون فلا يصح منهما عقد النكاح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع وأما المحجور عليه لسفه فلا يصح نكاحه بغير إذن الولي لأنه عقد يستحق به المال فلم يصح منه من غير إذن الولي ويصح منه بإذن الولي لأنه لا يأذن له إلا فيما يرى الحظ فيه وأما العبد فلا يصح نكاحه بغير إذن المولى لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل ولأنه بالنكاح تنقص قيمته ويستحق بالمهر والنفقة كسبه وفي ذلك إضرار بالمولى فلم يجز من غير إذنه ويصح منه بإذن المولى لأنه لما أبطل النبي صلى الله عليه وسلم نكاحه بغير إذنه دل على أنه يصح بإذنه ولأن المنع لحق المولى فزال بإذنه:

(قوله وتسمى الخرقاء) لعلها مأخوذة من الخرق وهي الأرض الواسعة تتخرق فيها الرياح لاتساع القول فيها، أو من المرأة الخرقاء وهي التي لا تحسن صنعة (قوله كدرت على زيد) أصل الكدر ضد الصفو يقال كدر الماء يكدر بالضم كدورة وكذلك تكدر وكدره غيره: ويقال إن اسم المرأة في المسئلة أكدرية فنسبت إليها.

(ومن كتاب النكاح)

(قوله صلى الله عليه وسلم من استطاع منكم الباءة فليتزوج) الباء والباءة شهوة النكاح سمي باء لأن الرجل يتبوأ من زوجته أي يسكن إليها: وأراد ههنا المال سماها باسم سببها قال المعري فأحسن:

والباء مثل الباء يخـ ـفض للدناءة أو يجر

(قوله أغض للبصر) أي يمنعه أن ينظر إلى امرأة غيره: وأحصن للفرج مأخوذ من الحصن الذي يمتنع به من العدو (قوله وجاء) الوجاء بالكسر رض عروق الخصيتين حتى تنفضخ فيكون شبيها بالخصي ومنه الحديث «ضحى بكبشين موجوءين»

(فصل) ومن جاز له النكاح وتاقت نفسه إليه وقدر على المهر والنفقة فالمستحب له أن يتزوج لحديث عبد الله ولأنه أحصن لفرجه وأسلم لدينه ولا يجب ذلك لما روى إبراهيم بن ميسرة رضي الله عنه عن عبيد بن سعد يبلغ به النبي صلى الله عليه وسلم من أحب فطرتي فليستن بسنتي ومن سنتي النكاح ولأنه ابتغاء لذة تصبر النفس عنها فلم يجب كلبس الناعم وأكل الطيب ومن لم تتق نفسه إليه فالمستحب له أن لا يتزوج لأنه تتوجه عليه حقوق هو غني عن التزامها ويحتاج أن يشتغل عن العبادة بسببها وإذا تركه تخلى للعبادة فكان تركه أسلم لدينه .

(فصل) والمستحب أن لا يتزوج إلا ذات دين لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «تنكح المرأة لأربع لمالها وحسبها وجمالها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يداك» ولا يتزوج إلا ذات عقل لأن القصد بالنكاح العشرة وطيب العيش ولا يكون ذلك إلا مع ذات عقل ولا يتزوج إلا من يستحسنها لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «إنما النساء لعب فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها» .

(فصل) وإذا أراد نكاح امرأة فله أن ينظر وجهها وكفيها لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلا أراد أن يتزوج امرأة من نساء الأنصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم أنظر إليها فان في أعين الأنصار شيئا ولا ينظر إلى ما سوى الوجه والكفين لأنه عورة ويجوز للمرأة إذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر إليه لأنه يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها ولهذا قال عمر رضي الله عنه لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم فانه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر إلى وجه الآخر عند المعاملة لأنه يحتاج إليه للمطالبة بحقوق العقد والرجوع بالعهدة ويجوز ذلك عند الشهادة للحاجة إلى معرفتها في التحمل والأداء ويجوز لمن اشترى جارية أن ينظر إلى ما ليس بعورة منها للحاجة إلى معرفتها ويجوز للطبيب أن ينظر إلى الفرج للمداواة لأنه موضع ضرورة فجاز له النظر إلى الفرج كالنظر في حال الختان وأما من غير حاجة فلا يجوز للأجنبي أن ينظر إلى الأجنبية ولا للأجنبية أن تنظر إلى الأجنبي لقوله تعالى «قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن» وروت أم سلمة رضي الله عنها قالت كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده ميمونة فأقبل ابن أم مكتوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجبن عنه فقلت يارسول الله أليس أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا فقال أفعمياوان أنتما أليس تبصرانه . وروى علي كرم الله وجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم أردف الفضل فاستقبلته جارية من خثعم فلوى عنق الفضل فقال أبوه العباس لويت عنق ابن عمك قال رأيت شابا وشابة فلم آمن الشيطان عليهما ولا يجوز النظر إلى الأمرد من غير حاجة لأنه يخاف الافتتان به كما يخاف الافتتان بالمرأة .

(فصل) ويجوز لذوي المحارم النظر إلى ما فوق السرة ودون الركبة من ذوات المحارم لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو إخوانهن أو بني إخوانهن أو بني أخواتهن أو نسائهن أو ما ملكت أيمانهن أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال ويجوز للرجل أن ينظر إلى ذلك من الرجل وللمرأة أن تنظر إلى

(قوله تاقت نفسه) اشتاقت واشتهت (قوله من أحب فطرتي فليستن بسنتي) فطرتي ههنا ديني . وأصل الفطرة الابتداء ومنه فطرة الله التي فطر الناس عليها أي اتبع دين الله . والسنة أصلها الطريقة أي فليأخذ بطريقتي وعملي (قوله وحسبها) الحسب ما يعده الرجل من مفاخر آبائه وأجداده . والرجل حسيب وقد حسب حسابة ، مأخوذ من الحساب لأنهم إذا تفاخروا عدوا مناقبهم ومآثرهم وحسبوها . والحسب العد والحسب المعدود كالنقبض والقبض (قوله تربت يداك) كأنه دعاء عليه بالفقر إن لم يفعل ذلك يقال ترب إذا افتقر وتراب إذا استغنى (قوله إنما النساء لعب) جمع لعبة وكل ملعوب به فهو لعبة لأنه اسم وهو الشيء الذي يلعب به وأراد أن زوجها تزوجها ليلعب بها ويستريح (قوله فان في أعين الأنصار شيئا) وروى شينا قيل زرقة وقيل عمش (قوله الرجل الدميم) بدال مهملة هو القصير مع قبح منظر وأما الذميم بالذال المعجمة فهو السيء الخلق وقد دممت يافلان تدم وتدم دمامة أي صرت قبيحا دميما يقال ما وراء الخلق الدميم إلا الخلق الذميم (قوله فلوى عنق الفضل) أي أماله إلى الجهة التي لا يبصرها منها (قوله الأمرد) يقال غلام أمرد بين المرد بالتحريك لا شعر على عارضيه . وغصن أمرد لا ورق عليه وأرض مرداء لا نبات فيها (قوله غير أولي الاربة) الإربة بالكسر الحاجة . وأراد الحاجة إلى النكاح وفيه لغات إرب

ذلك من المرأة لأنهم كذوى المحارم فى تحريم النكاح على التأبيد فكذلك فى جواز النظر واختلف أصحابنا فى مملوك المرأة فمنهم من قال هو محرم لها فى جواز النظر والخلوة وهو المنصوص لقوله عزوجل أو ماملكت أيمانهن فذكره مع ذوى المحارم فى إباحة النظر وروى أنس رضى الله عنه قال أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة غلاما فأقبل النبى صلى الله عليه وسلم ومعه الغلام فتقنعت بثوب إذا قنعت رأسها لم يبلغ رجليها وإذا غطت رجليها لم يبلغ رأسها فقال النبى صلى الله عليه وسلم إنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك ومنهم من قال ليس بمحرم لأن المحرم من يحرم على التأبيد وهذا لايحرم على التأبيد فلم يكن محرما واختلفوا فى المراهق مع الأجنبية فمنهم من قال هو كالبالغ فى تحريم النظر لقوله تعالى «أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء» فدل على أنه لايجوز لمن ظهر على عورات النساء ولأنه كالبالغ فى الشهوة فكان كالبالغ فى تحريم النظر ومن أصحابنا من قال يجوز له النظر إلى ماينظر ذو محرم وهو قول أبى عبدالله الزبيرى لقوله عزوجل وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا فدل على أنهم إذا لم يبلغوا الحلم لم يستأذنوا .

(فصل) ومن تزوج امرأة أو ملك جارية يملك وطأها فله أن ينظر منها إلى غير الفرج وهل يجوز أن ينظر إلى الفرج فيه وجهان أحدهما لايجوز لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «النظر إلى الفرج يورث الطمس» والثانى يجوز وهو الصحيح لأنه يملك الاستمتاع به فجاز له النظر إليه كالفخذ وإن زوج أمته حرم عليه النظر إلى ما بين السرة والركبة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «إذا زوج أحدكم جاريته عبده أو أجيره فلا ينظر إلى مادون السرة والركبة » .

(باب ما يصح به النكاح)

لايصح النكاح إلا بولى فإن عقدت المرأة لم يصح وقال أبو ثور إن عقدت بإذن الولى صح ووجهه أنها من أهل التصرف وإنما منعت من النكاح لحق الولى فإذا أذن زال المنع كالعبد إذا أذن له المولى فى النكاح وهذا خطأ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه رفعه «لاتنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها» ولأنها غير مأمونة على البضع لنقصان عقلها وسرعة انخداعها فلم يجز تفويضه إليها كالمبذر فى المال ويخالف العبد فإنه منع لحق المولى فإنه ينقص قيمته بالنكاح ويستحق كسبه فى المهر والنفقة فزال المنع بإذنه فإن عقد النكاح بغير ولى وحكم به الحاكم ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه ينقض حكمه لأنه مخالف لنص الخبر وهو ماروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لاولى له فإن أصابها فلها مهرها بما استحل من فرجها والثانى لاينقض وهو الصحيح لأنه مختلف فيه فلم ينقض فيه حكم الحاكم كالشفعة للجار وأما الخبر فليس بنص لأنه محتمل للتأويل فهو كالخبر فى شفعة الجار فإن وطئها الزوج قبل الحكم بصحته لم يجب الحد وقال أبو بكر الصيرفى إن كان الزوج شافعيا يعتقد تحريمه وجب عليه الحد كما لو وطىء امرأة فى فراشه وهو يعلم أنها أجنبية والمذهب الأول لأنه وطء مختلف فى إباحته فلم يجب به الحد كالوطء فى النكاح بغير شهود ويخالف من وطىء امرأة فى فراشه وهو يعلم أنها أجنبية لأنه لاشبهة له فى وطئها وإن طلقها لم يقع الطلاق وقال أبو إسحاق يقع لأنه نكاح مختلف فى صحته فوقع فيه الطلاق كنكاح المرأة فى عدة أختها والمذهب الأول لأنه طلاق فى غير ملكه فلم يصح كما لو طلق أجنبية .

ولاربة ومأربة ومأربة . قال المطرزى الإربة وهى العقدة كأن قلب صاحبها معقود بها . كماأن الفرض من الفرضة ألا تراهم سموها حاجة وهى الشوكة فى الأصل كأنها تنشب بالفكر نشوب الشوكة فيما تتعلق به (قوله قنعت رأسها) أى غطته . ومنه سمى القناع المقنعة (قوله فى المراهق) هو الذى قارب الاحتلام يقال راهق الغلام فهو مراهق (قوله لم يظهروا) أى لم يقووا من ظهرت على الرجل أى غلبته ، وأراد بالعورة ههنا الجماع ، سماه باسم سببه (قوله يورث الطمس) الطمس العمى قال الله تعالى «فطمسنا أعينهم» . وأصله استئصال أثر الشىء ومنه «فإذا النجوم طمست» وأراد أن الولد يخرج أعمى وقيل الناظر إليه (قوله البضع) هو الفرج والمباضعة المجامعة مشتق من ذلك (قوله فإن اشتجروا) أى اختلفوا يقال اشتجر القوم إذا اختلفوا وتنازعوا . قال الله تعالى «حتى يحكموك فيما شجر بينهم» .

(فصل) وإن كانت المنكوحة أمة فوليها مولاها لأنه عقد على منفعتها فكان إلى المولى كالإجارة وإن كانت الأمة لامرأة زوجها من يزوج مولاتها لأنه نكاح فى حقها فكان إلى وليها كنكاحها ولا يزوجها الولى إلا بإذنها لأنه تصرف منفعتها فلم يجز من غير إذنها فإن كانت المولاة غير رشيدة نظرت فإن كان وليها غير الأب والجد لم يملك تزويجها لأنه لا يملك التصرف فى مالها وإن كان الأب أو الجد ففيه وجهان أحدهما لا يملك لأن فيه تغريرا بمالها لأنها ربما حبلت وتلفت والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه يملك تزويجها لأنها تستفيد به المهر والنفقة واسترقاق ولدها وإن كانت المنكوحة حرة فوليها عصباتها وأولاهم الأب ثم الجد ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم لأن الولاية فى النكاح تثبت لدفع العار عن النسب والنسب إلى العصبات فإن لم يكن لها عصبة زوجها المولى المعتق ثم عصبة المولى ثم مولى المولى ثم عصبته لأن الولاء كالنسب فى التعصيب فكان كالنسب فى التزويج فإن لم يكن فوليها السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له ولا أحد من الأولياء وهناك من هو أقرب منه لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث وإن استوى اثنان فى الدرجة وأحدهما يدلى بالأبوين والآخر بأحدهما كأخوين أحدهما من الأب والأم والآخر من الأب ففيه قولان قال فى القديم هما سواء لأن الولاية بقرابة الأب وهما فى قرابة الأب سواء وقال فى الجديد يقدم من يدلى بالأبوين لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بأحدهما كالميراث فإن استويا فى الدرجة والادلاء فالمستحب أن يقدم أسنهما وأعلمهما وأورعهما لأن الأسن أخبر والأعلم أعرف بشروط العقد والأورع أحرص على طلب الحظ فإن زوج الآخر صح لأن ولايته ثابتة وإن تشاحا أقرع بينهما لأنهما تساويا فى الحق فقدم بالقرعة كما لو أراد أن يسافر بإحدى المرأتين فإن خرجت القرعة لأحدهما فزوج الآخر ففيه وجهان أحدهما يصح لأن خروج القرعة لأحدهما لا يبطل ولاية الآخر والثانى لا يصح لأنه يبطل فائدة القرعة.

(فصل) ولا يجوز للابن أن يزوج أمه بالبنوة لأن الولاية ثبتت للأولياء لدفع العار عن النسب ولا نسب بين الابن والأم وإن كان للابن تعصيب بأن كان ابن ابن عمها جاز له أن يزوج لأنهما يشتركان فى النسب فإن كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها فعلى القولين فى أخوين أحدهما من الأب والأم والآخر من الأب.

(فصل) ولا يجوز أن يكون الولى صغيرا ولا مجنونا ولا عبدا لأنه لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره واختلف أصحابنا فى المحجور عليه لسفه فمنهم من قال يجوز أن يكون وليا لأنه إنما حجر عليه فى المال خوفا من إضاعته وقد أمن ذلك فى تزويج ابنته فجاز له أن يعقد كالمحجور عليه للفلس ومنهم من قال لا يجوز لأنه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلم يجز أن يكون وليا لغيره ولا يجوز أن يكون فاسقا على المنصوص لأنها ولاية فلم تثبت مع الفسق كولاية المال ومن أصحابنا من قال إن كان أبا أو جدا لم يجز وإن كان غيرهما من العصبات جاز لأنه يعقد بالإذن فجاز أن يكون فاسقا كالوكيل ومن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لا يجوز لما ذكرناه والثانى يجوز لأنه حق يستحق بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كالميراث والتقدم فى الصلاة على الميت وهل يجوز أن يكون أعمى فيه وجهان أحدهما يجوز لأن شعيبا عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى صلى الله على نبينا وعليهم وسلم والثانى لا يجوز لأنه يحتاج إلى البصر فى اختيار الزوج ولا يجوز للمسلم أن يزوج ابنته الكافرة ولا للكافر أن يزوج ابنته المسلمة لأن الموالاة بينهما منقطعة والدليل عليه قوله تعالى «والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض» وقوله سبحانه والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ولهذا لا يتوارثان ويجوز للسلطان أن يزوج نساء أهل الذمة لأن ولايته تعم المسلمين وأهل الذمة ولا يجوز للكافر أن يزوج أمته المسلمة وهل يجوز للمسلم أن يزوج أمته الكافرة فيه وجهان أحدهما يجوز وهو قول أبى إسحاق وأبى سعيد الاصطخرى وهو المنصوص لأنها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع منها اختلاف الدين كالولاية فى البيع والإجارة والثانى لا يجوز وهو قول أبى القاسم الداركى لأنه إذا لم يملك تزويج الكافرة بالنسب فلأن لا يملك بالملك أولى.

(فصل) وإن خرج الولى عن أن يكون من أهل الولاية بفسق أو جنون انتقلت الولاية إلى من بعده من الأولياء لأنه بطلت ولايته فانتقلت الولاية إلى من بعده كما لو مات فإن زال السبب الذى بطلت به الولاية عادت الولاية لزوال السبب الذى أبطل الولاية فإن وجها من انتقلت إليه قبل أن يعلم بعود ولاية الأول ففيه وجهان بناء على القولين فى الوكيل إذا باع ما وكل فى بيعه قبل أن يعلم بالعزل وإن

دعت المنكوحة إلى كفؤ فعضلها الولى زوجها السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له ولأنه حق توجه عليه تدخله النيابة فإذا امتنع قام السلطان مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من أدائه وإن غاب الولى إلى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان ولم يكن لمن بعده من الأولياء أن يزوج لأن ولاية الغائب باقية ولهذا لو زوجها فى مكانه صح العقد وإنما تعذر من جهته فقام السلطان مقامه كما لو حضر وامتنع من تزويجها فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان أحدهما لا يجوز تزويجها إلا بإذنه لأنه كالحاضر والثانى يجوز للسلطان أن يزوجها لأنه تعذر استئذانه فأشبه إذا كان فى سفر بعيد ويستحب للحاكم إذا غاب الولى وصار التزويج إليه أن يأذن لمن تنتقل الولاية إليه ليزوجه ليخرج من الخلاف فإن عند أبى حنيفة أن الذى يملك التزويج هو الذى تنتقل الولاية إليه .

(فصل) ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها فى نفسها فدل على أن الولى أحق بالبكر وإن كانت بالغة فالمستحب أن يستأذنها للخبر وإذنها صماتها لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها » ولأنها تستحى أن تأذن لأبيها بالنطق فجعل صماتها إذنا ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن لما روى نافع أن عبد الله بن عمر رضى الله عنه تزوج بنت خاله عثمان بن مظعون فذهبت أمها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت إن ابنتى تكره ذلك فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفارقها وقال «لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن فإن سكتن فهو إذنهن» فتزوجت بعد عبد الله المغيرة بن شعبة ولأنه ناقص الشفقة ولهذا لا يملك التصرف فى مالها بنفسه ولا يبيع مالها من نفسه فلا يملك التصرف فى بضعها بنفسها فإن زوجها بعد البلوغ ففى إذنها وجهان أحدهما أن إذنها بالنطق لأنه لما افتقر تزويجها إلى إذنها افتقر إلى نطقها بخلاف الأب والجد والثانى وهو المنصوص فى الاملاء وهو الصحيح أن إذنها بالسكوت لحديث نافع وأما الثيب فإنها إن ذهبت بكارتها بالوطء فإن كانت بالغة عاقلة لم يجز لأحد تزويجها إلا بإذنها لما روت خنساء بنت خذام الأنصارية أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فذكرت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها وإذنها بالنطق لحديث ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها فدل على أن إذن الثيب بالنطق وإن كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتأذن لأن إذنها معتبر فى حال الكبر فلا يجوز الافتيات عليها فى حال الصغر وإن كانت مجنونة جاز للأب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة لأنه لا يرجى لها حال تستأذن فيها ولا يجوز لسائر العصبات تزويجها لأن تزويجها إجبار وليس لسائر العصبات غير الأب والجد ولاية الاجبار فأما الحاكم فإنها إن كانت صغيرة لم يملك تزويجها لأنه لا حاجة بها إلى النكاح وإن كانت كبيرة جاز له تزويجها إن رأى ذلك لأنه قد يكون فى تزويجها شفاء لها وإن ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان : أحدهما أنها كالموطوءة لعموم الخبر . والثانى وهو المذهب أنها تزوج تزويج الأبكار لأن الثيب إنما اعتبر إذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغير الوطء .

(فصل) وإن كانت المنكوحة أمة فللمولى أن يزوجها بكرا كانت أو ثيبا صغيرة كانت أو كبيرة عاقلة كانت أو مجنونة لأنه عقد يملكه عليها بحكم الملك فكان إلى المولى كالإجارة وإن دعت الأمة المولى إلى النكاح فإن كان يملك وطأها

(قوله فعضلها الولى) أى منعها من النكاح ومنه قوله تعالى فلا تعضلوهن . يقال عضل يعضل ويعضل عضلا . وعضلت عليه تعضيلا إذا ضيقت عليه فى أمره وحلت بينه وبين ما يريد . وأصله من عضلت المرأة إذا نشب ولدها فى بطنها وعسر خروجه قاله العزيزى (قوله يستأمرها أبوها) أى ينكحها بأمرها (قوله الأيم) هى التى لا زوج لها وكذلك الرجل تزوجا قبل ذلك أو لم يتزوجا . وقد آمت المرأة تئيم إيمة وإيما وأيوما (قوله أحرى أن يؤدم بينكما(١)) أى يؤلف والأدمة الألفة أدم أى ألف (قوله وإن كان الولى ضعيفا) له تأويلان قيل المجنون وقيل الشيخ الكبير لضعف نظرهما فى طلب الحظ لها والعرب تقول فى الذى لا نظر له ضعيف والذى لا نطق له ضعيف والذى لا عقل له ضعيف (قوله خنساء بنت خذام) بخاء وذال معجمتين (قوله الافتيات عليها) افتات عليه إذا فوت عليه ما يريد . وافتات افتعل من الفوت وهو السبق . معناه أنه يستبد فى الرأى بتزويجها دونه فيسبق إلى تزويجها .

---

(١) هذه القولة لا توجد لها هنا مناسبة ؟

لم يلزمه تزويجها لأنه يبطل عليه حقه من الاستمتاع وإن لم يملك وطأها ففيه وجهان أحدهما لايلزمه تزويجها لأنه تنقص قيمتها بالنكاح والثانى يلزمه لأنه لاحق له فى وطئها وإن كانت مكاتبة لم يملك السيد تزويجها بغير إذنها لأنه لاحق له فى منفعتها فإن دعت السيد إلى تزويجها ففيه وجهان أحدهما يجبر لأنها تستعين بالمهر والنفقة على الكتابة والثانى لايجبر لأنها ربما عادت إليه وهى ناقصة بالنكاح :

(فصل) وإن كان ولى المرأة ممن يجوز له أن يتزوجها كابن عم والمولى المعتق لم يجز أن يزوجها من نفسه فيكون موجبا قابلا لأنه يملك الايجاب بالإذن فلم يجز أن يملك شطرى العقد كالوكيل فى البيع فإن أراد أن يتزوجها إن كان هناك من يشاركه فى الولاية زوجها منه وإن لم يكن من يشاركه فى الولاية زوجها الحاكم منه وإن أراد الإمام أن يتزوج امرأة لاولى لها غيره ففيه وجهان أحدهما أن له أن يزوجها من نفسه لأنه إذا فوض إلى غيره كان غيره وكيلا والوكيل قائم مقامه فكان إيجابه كإيجابه والثانى يرفعه إلى حاكم ليزوجها منه لأن الحاكم يزوج بولاية الحكم فيصير كما لو زوجها منه ولى ويخالف الوكيل لأنه يزوجها بوكالته ولهذا يملك عزله إذا شاء ولا يملك عزل الحاكم من غير سبب وإذا مات انعزل الوكيل ولاينعزل الحاكم وإن كان لرجل ابن ابن وبنت ابن وهما صغيران فزوج بنت الابن بابن الابن ففيه وجهان أحدهما لايجوز وهو قول أبى العباس ابن القاص لماروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدان والثانى وهو قول أبى بكر ابن الحداد المصرى أنه يجوز كما يجوز أن يلى شطرى العقد فى بيع ماله من ابنه فعلى هذا يحتاج أن يقول زوجت بنت ابنى بابن ابنى وهل يحتاج إلى القبول فيه وجهان أحدهما يحتاج إلى القبول وهو أن يقول بعد الايجاب وقبلت نكاحها له وهو قول أبى بكر ابن الحداد لأنه يتولى ذلك بولايتين فقام فيه مقام الاثنين والثانى لايحتاج إلى لفظ القبول وهو قول أبى بكر القفال لأنه قائم مقام اثنين فقام لفظه مقام لفظين .

(فصل) وإن وكل الولى رجلا فى التزويج فهل يلزمه أن يعين الزوج فيه قولان أحدهما لايلزمه لأن من ملك التوكيل فى عقد لم يلزمه تعيين من يعقد معه كالموكل فى البيع والثانى يلزمه لأن الولى إنما جعل إليه اختيار الزوج لكمال شفقته ولايوجد كمال الشفقة فى الوكيل فلم يجعل اختيار الزوج إليه :

(فصل) ولايجوز للولى أن يزوج المنكوحة من غير كفء إلا برضاها ورضى سائر الأولياء لماروت عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم» ولأن فى ذلك إلحاق عار بها وبسائر الأولياء فلم يجز من غير رضاهم :

(فصل) وإن دعت المنكوحة إلى غير كفء لم يلزم الولى تزويجها لأنه يلحقه العار فإن رضيا جميعا جاز تزويجها لماروت فاطمة بنت قيس قالت أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته أن أبا الجهم يخطبنى ومعاوية فقال أما أبو الجهم فأخاف عليك عصاه وأما معاوية فشاب من شباب قريش لاشىء له ولكنى أدلك على من هو خير لك منهما قلت من يارسول الله قال أسامة قلت أسامة قال نعم أسامة فتزوجت أبا زيد فبورك لأبى زيد فى وبورك لى فى أبى زيد وقال عبد الرحمن بن مهدى أسامة من الموالى وفاطمة قرشية ولأن المنع من نكاح غير الكفء لحقهما فإذا رضيا زال المنع فإن زوجت المرأة من غير كفء من غير رضاها أو من غير رضا سائر الأولياء فقد قال فى الأم النكاح باطل وقال فى الاملاء كان للباقين الرد وهذا يدل على أنه صحيح فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما أنه باطل لأنه عقد فى حق غيره من غير إذن فبطل كما لو باع مال غيره بغير إذنه والثانى أنه صحيح ويثبت فيه

(قوله فهو سفاح) السفاح الزنا يقال سافحه مسافحة وسفاحا (قوله من غير كفء) الكفء المساوى لها والمماثل (قوله فأخاف عليك عصاه) أى الضرب بالعصا وقال أبو عبيد فى قوله صلى الله عليه وسلم «أنفق على أهلك ولا ترفع عصاك عنهم» لم يرد العصا التى يضرب بها ولا أمر أحدا بذلك وإنما أراد يمنعها من الفساد يقال للرجل إذا كان رفيقا حسن السياسة لين العصا . وقيل السفر كنى بالعصا عنه قال الشاعر : * فألقت عصاها واستقر بها النوى *
وقيل كنى به عن كثرة الجماع وليس بشىء : قال الأزهرى معناه أنه شديد على أهله خشن الجانب فى معاشرتهن مستقص عليهن فى باب الغيرة .

الخيار لأن النقص يوجب الخيار دون البطلان كما لو اشترى شيئا معيبا ومنهم من قال العقد باطل قولا واحدا لما ذكرناه وتأول قوله في الإملاء على أنه أراد بالرد المنع من العقد ومنهم من قال إن عقد وهو يعلم أنه ليس بكفء بطل العقد كما لو اشترى الوكيل سلعة وهو يعلم بعيبها وإن لم يعلم صح العقد وثبت الخيار كما لو اشترى الوكيل سلعة ولم يعلم بعيبها وحمل القولين على هذين الحالين :

(فصل) والكفاءة في الدين والنسب والحرية والصنعة فأما الدين فهو معتبر فالفاسق ليس بكفء للعفيفة لما روى أبو حاتم المزني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض وأما النسب فهو معتبر فالأعجمي ليس بكفء للعربية لما روى عن سلمان رضي الله عنه أنه قال لا نؤمكم في صلاتكم ولا ننكح نساءكم وغير القرشي ليس بكفء للقرشية لقوله صلى الله عليه وسلم قدموا قريشا ولا تتقدموها وهل تكون قريش كلها أكفاء فيه وجهان أحدهما أن الجميع أكفاء كما أن الجميع في الخلافة أكفاء والثاني أنهم يتفاضلون فعلى هذا غير الهاشمي والمطلبي ليس بكفء للهاشمية والمطلبية لما روى واثلة بن الأسقع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إن الله اصطفى كنانة من بني إسمعيل واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم وأما بنو هاشم وبنو المطلب فهم أكفاء لأن النبي صلى الله عليه وسلم سوى بينهم في الخمس وقال إن بني هاشم وبني المطلب شيء واحد وأما الحرية فهي معتبرة فالعبد ليس بكفء للحرة لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون ولأن الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد وأما الصنعة فهي معتبرة فالحائك ليس بكفء للبزاز والحجام ليس بكفء للخراز لأن الحياكة والحجامة يسترذل أصحابها واختلف أصحابنا في اليسار فمنهم من قال يعتبر فالفقير ليس بكفء للموسرة لما روى سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسب المال والكرم التقوى ولأن نفقة الفقير دون نفقة الموسر ومنهم من قال لا يعتبر لأن المال يروح ويغدو ولا يفتخر به ذوو المروءات ولهذا قال الشاعر:

غنينا زمانا بالتصعلك والغنى وكلا سقاناه بكأسيهما الدهر
فما زادنا بغيا على ذي قرابة غنانا ولا أزرى بأحسابنا الفقر

(فصل) وإن كان للمرأة وليان وأذنت لكل واحد منهما في تزويجها فزوجها كل واحد منهما من رجل نظرت فان كان العقدان في وقت واحد أو لم يعلم متى عقدا أو علم أن أحدهما قبل الآخر ولكن لم يعلم عين السابق منهما بطل العقدان لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر وإن علم السابق ثم نسي وقف الأمر لأنه قد يتذكر وإن علم السابق وتعين فالنكاح هو الأول والثاني باطل لما روى سمرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما فان ادعى كل واحد من الزوجين أنه هو الأول وادعيا علم المرأة به فان أنكرت العلم فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم العلم وإن أقرت لأحدهما سلمت إليه وهل تحلف للآخر فيه قولان أحدهما لا تحلف لأن اليمين تعرض على المنكر حتى يقر ولو أقرت للثاني بعدما أقرت للأول لم يقبل فلم يكن في تحليفها له فائدة والثاني تحلف لأنها ربما نكلت وأقرت للثاني فيلزمها المهر فعلى هذا إن حلفت سقط دعوى الثاني وإن أقرت للثاني لم يقبل رجوعها ويجب عليها المهر للثاني وإن نكلت رددنا اليمين على الثاني فان لم يحلف استقر النكاح للأول وإن حلف حصل مع الأول إقرار ومع الثاني يمين ونكول المدعى عليه فان قلنا إنه كالبينة حكم بالنكاح للثاني لأن البينة تقدم

(قوله فساد عريض) أي عام فاش كني عنه بالعريض ومنه قوله تعالى «فذو دعاء عريض» (قوله اصطفى كنانة) الطاء فيه بدل من التاء والصفاء ضد الكدر ممدود وصفوة الشيء خالصه ومحمد صلى الله عليه وسلم صفوة الله ومصطفاه وقال أبو عبيدة صفوة مالي وصفوة مالي فإذا نزعوا الهاء قالوا صفو مالي بالفتح لا غير (قوله يسترذل أصحابها) الرذل الدون الخسيس وقد رذل فلان بالضم يرذل رذالة ورذولة فهو رذل ورذال بالضم من قوم رذول وأرذال ورذلاء عن يعقوب (قوله غنينا زمانا) أي عشنا أو اكتفينا يقال غني بالمكان أقام به وغني أي عاش بالتصعلك بالفقر والصعلوك الفقير: وعروة الصعاليك رجل من العرب كان يجمع الفقراء في حظيرة ويرزقهم مما يغنم (قوله فما زادنا بغيا) البغي التعدي ويروى بأوا أي كبرا والبأو الكبر والفخر يقال بأوت على القوم بأى بأوا

على الاقرار وإن قلنا إنه بمنزلة الاقرار وهو الصحيح ففيه وجهان أحدهما يحكم ببطلان النكاحين لأن مع الأول إقرارا ومع الثانى مايقوم مقام الاقرار فصار كما لو أقرت لهما فى وقت واحد والثانى أن النكاح للأول لأنه سبق الاقرار له فلم يبطل بإقرار بعده ويجب عليها المهر الثانى كما لو أقرت للأول ثم أقرت للثانى :

(فصل) ويجوز لولى الصبى أن يزوجه إذا رأى ذلك لما روى أن عمر رضى الله عنه زوج ابنا له صغيرا ولأنه يحتاج إليه إذا بلغ فاذا زوجه ألف حفظ الفرج وهل له أن يزوجه بأكثر من امرأة فيه وجهان أحدهما لايجوز لأن حفظ الفرج يحصل بامرأة والثانى يجوز أن يزوجه بأربع لأنه قد يكون له فيه حفظ وأما المجنون فانه إن كان له حال إفاقة لم يجز تزويجه بغير إذنه لأنه يمكن استئذانه فلا يجوز الافتيات عليه وإن لم يكن له حال إفاقة ورأى الولى تزويجه للعفة أو الخدمة زوجه لأن له فيه مصلحة وأما المحجور عليه لسفه فانه إن رأى الولى تزويجه زوجه لأن ذلك من مصلحته فان كان كثير الطلاق سراه بجارية لأنه لايقدر على إعتاقها وإن طلب التزويج وهو محتاج إليه فامتنع الولى فتزوج بغير إذنه ففيه وجهان أحدهما أنه لايصح لأنه تزوج بغير إذنه فلم يصح منه كما لو تزوج قبل الطلب والثانى يصح لأنه حق وجب له يجوز له أن يستوفيه بإذن من هو عليه فاذا امتنع جاز له أن يستوفيه بنفسه كما لو كان له على رجل دين وامتنع من أدائه وأما العبد فإنه إن كان بالغا فهل يجوز للمولى أن يزوجه بغير رضاه فيه قولان أحدهما له ذلك لأنه مملوك يملك بيعه وإجارته فملك تزويجه من غير رضاه كالأمة والثانى ليس له ذلك لأن النكاح معنى يقصد به الاستمتاع فلم يملك إجباره عليه كالقسم وإن كان صغيرا ففيه طريقان أحدهما أنه على القولين لأنه تصرف بحق الملك فاستوى فيه الصغير والكبير كالبيع والاجارة والثانى أنه يملك تزويجه قولا واحدا لأنه ليس من أهل التصرف فجاز تزويجه كالابن الصغير وإن دعا العبد البالغ مولاه إلى النكاح ففيه قولان أحدهما يلزمه تزويجه لأنه مكلف مولى عليه فإذا طلب التزويج وجب تزويجه كالسفيه والثانى لايلزمه لأنه يملك بيعه وإجارته فلم يلزمه تزويجه كالأمة وأما المكاتب فلا يملك المولى إجباره على النكاح لأنه سقط حقه من رقبته ومنفعته وإن دعا المكاتب المولى إلى التزويج فان قلنا يجب عليه تزويج العبد فالمكاتب أولى وإن قلنا لايجب عليه تزويج العبد ففى المكاتب وجهان أحدهما لايجب لأنه مملوك فلم يلزمه تزويجه كالعبد . والثانى يجب لأنه لاحق له فى كسبه بخلاف العبد فان كسبه للمولى فإذا زوجه بطل عليه كسبه للمهر والنفقة :

(فصل) ولا يصح النكاح إلا بشاهدين وقال أبو ثور يصح من غير شهادة لأنه عقد فصح من غير شهادة كالبيع وهذا خطأ لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدان ويخالف البيع فانه تقصد منه المال والقصد من النكاح الاستمتاع وطلب الولد ومبناهما على الاحتياط ولا يصح إلا بشاهدين ذكرين فان عقد برجل وامرأتين لم يصح لحديث عائشة رضى الله عنها ولا يصح إلا بعدلين لما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لانكاح إلا بولى وشاهدى عدل فإن عقد بمجهولى الحال ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لايصح لأن ما افتقر ثبوته إلى الشهادة لم يثبت بمجهولين كالاثبات عند الحاكم والثانى يصح وهو المذهب لأنا لو اعتبرنا العدالة الباطنة لم تصح أنكحة العامة إلا بحضرة الحاكم لأنهم لايعرفون شروط العدالة وفى ذلك مشقة فاكتفى بالعدالة الظاهرة كما اكتفى فى الحوادث فى حقهم بالتقليد حين شق عليهم إدراكها بالدليل فان عقد بمجهولين ثم بان أنهما كانا فاسقين لم يصح لأن حكمنا بصحته فى الظاهر إذا بان خلافه حكم بإبطاله كما لو حكم الحاكم باجتهاده ثم وجد النص بخلافه ومن أصحابنا من قال فيه قولان بناء على القولين فى الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان أنهما كانا فاسقين وإن عقد بشهادة أعميين ففيه وجهان أحدهما أنه يصح لأن الأعمى يجوز أن يكون شاهدا والثانى لايصح لأنه لايعرف العاقد فهو كالأصم الذى لايسمع لفظ العاقد ويصح بشهادة ابنى أحد الزوجين لأنه يجوز أن يثبت النكاح بشهادتهما وهو إذا جحد الزوج الآخر وهل يصح بشهادة ابنيهما أو بشهادة ابن الزوج وابن الزوجة فيه وجهان أحدهما يصح لأنهما من أهل الشهادة . والثانى لايصح لأنه لايثبت هذا النكاح بشهادتهما بحال :

(فصل) وإذا اختلف الزوجان فقالت الزوجة عقدنا بشاهدين فاسقين وقال الزوج عقدنا بعدلين ففيه وجهان أحدهما

أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء العدالة والثانى أن القول قول الزوجة لأن الأصل عدم النكاح وإن تصادقا على أنهما تزاوجا بولى وشاهدين وأنكر الولى والشاهدان لم يلتفت إلى إنكارهم لأن الحق لهما دون الولى والشاهدين :

(فصل) ولا يصح إلا على زوجين معينين لأن المقصود بالنكاح أعيانهما فوجب تعيينهما فإن كانت المنكوحة حاضرة فقال زوجتك هذه صح وإن قال زوجتك هذه فاطمة واسمها عائشة صح لأن مع التعيين بالإشارة لا حكم للاسم فلم يؤثر الغلط فيه وإن كانت المنكوحة غائبة فقال زوجتك ابنتى وليس له غيرها صح وإن قال زوجتك ابنتى فاطمة وهى عائشة صح لأنه لا حكم للاسم مع التعيين بالنسب فلم يؤثر الخطأ فيه وإن كان له اثنتان فقال زوجتك ابنتى لم يصح حتى يعينها بالاسم أو بالصفة وإن قال زوجتك عائشة وقبل الزوج ونويا ابنته أو قال زوجتك ابنتى وقبل الزوج ونويا الكبيرة صح لأنها تعينت بالنية وإن قال زوجتك ابنتى ونوى الكبيرة وقبل الزوج ونوى الصغيرة لم يصح لأن الإيجاب فى امرأة والقبول فى أخرى وإن قال زوجتك ابنتى عائشة ونوى الصغيرة وقبل الزوج ونوى الكبيرة صح النكاح فى عائشة فى الظاهر ولم يصح فى الباطن لأن الزوج قبل فى غير ما أوجب الولى .

(فصل) ويستحب أن يخطب قبل العقد لما روى عن عبد الله قال علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الحاجة الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله قال عبد الله ثم تصل خطبتك بثلاث آيات اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون اتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا فإن عقد من غير خطبة جاز لما روى سهل ابن سعد الساعدى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للذى خطب الواهبة زوجتكها بما معك من القرآن ولم يذكر الخطبة ويستحب أن يدعى لهما بعد العقد لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا رفأ الانسان إذا تزوج قال بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما فى خير :

(فصل) ولا يصح العقد إلا بلفظ التزويج أو الانكاح لأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة لا يأتى على معنى النكاح ولأن الشهادة شرط فى النكاح فإذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النكاح واختلف أصحابنا فى نكاح النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة فمنهم من قال لا يصح لأن كل لفظ لا ينعقد به نكاح غيره لم ينعقد به نكاحه كلفظ الاحلال ومنهم من قال يصح لأنه لما خص بهبة البضع من غير بدل خص بلفظها وإن قال زوجنى فقال زوجتك صح لأن الذى خطب الواهبة من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال زوجنيها فقال النبى صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن وإن قال زوجتك فقال قبلت ففيه قولان أحدهما يصح لأن القبول يرجع إلى ما أوجبه الولى كما يرجع فى البيع إلى ما أوجبه البائع والثانى لا يصح لأن قوله قبلت ليس بصريح فى النكاح فلم يصح به كما لو قال زوجتك فقال نعم وإن عقد بالعجمية ففيه ثلاثة أوجه أحدها لا يصح لقوله صلى الله عليه وسلم استحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله بالعربية فلا تقوم العجمية مقامها كالقرآن والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى إنه إن كان يحسن بالعربية لم يصح وإن لم يحسن صح لأن ما اختص بلفظ غير معجز جاز بالعجمية عند العجز عن العربية ولم يجز عند القدرة كتكبيرة الصلاة والثالث وهو الصحيح أنه يصح سواء أحسن بالعربية أو لم يحسن لأن لفظ النكاح بالعجمية يأتى على ما يأتى عليه لفظه بالعربية فقام مقامه ويخالف القرآن فإن القصد منه النظم المعجز وذلك لا يوجد فى غيره والقصد بالتكبيرة العبادة ففرق فيه بين العجز والقدرة كأفعال الصلاة والقصد بالنكاح تمليك ما يقصد بالنكاح والعجمية كالعربية فى ذلك فإن فصل بين القبول والايجاب بخطبة بأن قال الولى زوجتك وقال الزوج بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله قبلت نكاحها ففيه وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله أنه يصح لأن الخطبة مأمور بها للعقد فلم تمنع صحته كالتيمم بين صلاتى

(قوله خطبة الحاجة) الحاجة ههنا النكاح (قوله كان إذا رفأ الانسان) أى دعا له والرفاء بالمد هو الدعاء بالاتفاق وحسن الاجتماع يقال للمتزوج بالرفاء والبنين وأصله من رفء الثوب وهو إصلاحه (قوله استحللتم فروجهن بكلمة الله) هى قوله تعالى «فانكحوا ما طاب لكم من النساء» وقيل قوله تعالى فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ذكره الزمخشرى (قوله النظم المعجز) يعنى القرآن يعنى معجز أن يأتى أحد بمثله

الجمع والثانى لايصح لأنه فصل بين الإيجاب والقبول فلم يصح كما لو فصل بينهما بغير الخطبة ويخالف التيمم لأنه مأمور به بين الصلاتين والخطبة مأمور بها قبل العقد.

(فصل) وإذا انعقد العقد لزم ولم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط لأن العادة فى النكاح أنه يسئل عما يحتاج إليه قبل العقد فلا حاجة فيه إلى الخيار بعده، والله أعلم.

(باب مايحرم من النكاح وما لايحرم)

من ارتد عن الدين لم يصح نكاحه لأن النكاح يراد للاستمتاع ولا يوجد ذلك فى نكاح المرتد ولا يصح نكاح الخنثى المشكل لأنه إن تزوج امرأة لم يؤمن أن يكون امرأة وإن تزوج رجلا لم يؤمن أن يكون رجلا ولا يصح نكاح المحرم لما بيناه فى الحج.

(فصل) ويحرم على الرجل من جهة النسب الأم والبنت والأخت والعمة والخالة وبنت الأخ وبنت الأخت لقوله عز وجل «حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت» ومن حرم عليه مما ذكرناه بنسب حرم عليه بذلك النسب كل من يدلى به وإن بعد فتحرم عليه الأم وكل من يدلى بالأمومة من الجدات من الأب والأم وإن علون وتحرم عليه البنت وكل من ينتسب إليه بالبنوة من بنات الأولاد وأولاد الأولاد وإن سفلن وتحرم عليه الأخت من الأب والأخت من الأم والأخت من الأب والأم وتحرم عليه العمة وكل من يدلى إليه بالعمومة من أخوات الآباء والأجداد من الأب والأم أو من الأب أو من الأم وإن علون وتحرم عليه الخالة وكل من يدلى إليه بالخؤولة من أخوات الجدات من الأب والأم أو من الأب أو من الأم وإن علون وتحرم عليه بنت الأخ وكل من ينتسب إليه ببنوة الأخ من بنات أولاده وأولاد أولاده وإن سفلن وتحرم عليه بنت الأخت وكل من ينتسب إليه ببنوة الأخت من أولادها وأولاد أولادها وإن سفلن لأن الاسم يطلق على ماقرب وبعد والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى يابنى آدم وقوله تعالى ملة أبيكم إبراهيم وقوله سبحانه وتعالى ملة آبائى إبراهيم وإسحاق ويعقوب فأطلق عليهم اسم الآباء مع البعد وقال صلى الله عليه وسلم لقوم من أصحابه يرمون ارموا فان أباكم إسماعيل عليه السلام كان راميا فسمى إسماعيل أباهم مع البعد ولأن من بعد منهم كمن قرب فى الحكم والدليل عليه أن ابن الابن كالابن والجد كالأب فى الميراث والولاية والعتق بالملك ورد الشهادة فلأن يكون كالابن والأب فى التحريم ومبناه على التغليب أولى.

(فصل) وتحرم عليه من جهة المصاهرة أم المرأة دخل بها أو لم يدخل لقوله تعالى وأمهات نسائكم ويحرم عليه كل من يدلى إلى امرأته بالأمومة من الجدات من الأب والأم لما بيناه فى الفصل قبله ويحرم عليه ابنة المرأة بنفس العقد تحريم جمع لأنه إذا حرم عليه الجمع بين المرأة وأختها فلأن يحرم الجمع بين المرأة وابنتها أولى فان بانت الأم قبل الدخول حلت له البنت وإن دخل بالأم حرمت عليه البنت على التأبيد لقوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم وتحرم عليه كل من ينتسب إلى امرأته بالبنوة من بنات أولادها وأولاد أولادها وإن سفلن من وجد منهن ومن لم يوجد كما تحرم البنت وتحرم عليه حليلة الابن لقوله تعالى وحلائل أبنائكم وتحرم عليه حليلة كل من ينتسب إليه بالبنوة من بنى الأولاد وأولاد الأولاد لما بيناه وتحرم عليه حليلة الأب لقوله تعالى ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء وتحرم عليه حليلة كل من يدلى إليه بالأبوة من الأجداد لما ذكرناه.

(فصل) ومن حرم عليه بنكاحه أو بنكاح أبيه أو ابنه حرم عليه بوطئه أو وطء أبيه أو ابنه فى ملك أو شبهة لأن الوطء معنى تصير به المرأة فراشا فتعلق به تحريم المصاهرة كالنكاح ولأن الوطء فى إيجاب التحريم آكد من العقد بدليل أن الربيبة تحرم بالعقد تحريم جمع وتحرم بالوطء على التأبيد فاذا ثبت تحريم المصاهرة بالعقد فلأن يثبت بالوطء أولى واختلف قوله فى المباشرة فيما دون الفرج بشهوة فى ملك أو شبهة فقال فى أحد القولين هو كالوطء فى التحريم لأنها مباشرة لاتستباح إلا بملك فتعلق بها تحريم المصاهرة كالوطء والثانى لايحرم بها مايحرم بالوطء لقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم ولأنها

(قوله وحلائل أبنائكم) جمع حليلة فعيلة من الحلال الذى هو ضد الحرام.

مباشرة لاتوجب العدة فلايتعلق بها التحريم كالمباشرة بغير شهوة وإن تزوج امرأة ثم وطئ أمها أو بنتها أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة انفسخ النكاح لأنه معنى يوجب تحريما مؤبدا فإذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع .

(فصل) وإن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها لقوله تعالى «وأحل لكم ما وراء ذلكم» وروت عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها فقال لايحرم الحرام الحلال إنما يحرم ما كان بنكاح ، لاتحرم بالزنا أمها ولا ابنتها ولاتحرم هي على ابنه ولا على أبيه للآية والخبر ولأنه معنى لاتصير به المرأة فراشا فلم يتعلق به تحريم المصاهرة كالمباشرة بغير شهوة وإن لاط بغلام لم تحرم عليه أمه وابنته للآية والخبر وإن زنى بامرأة فأتت منه بابنة فقد قال الشافعي رحمه الله أكره أن يتزوجها فان تزوجها لم أفسخ فمن أصحابنا من قال إنما كره خوفا من أن تكون منه فعلى هذا إن علم قطعا أنها منه بأن أخبره النبي صلى الله عليه وسلم فى زمانه لم تحل له ومنهم من قال إنما كره ليخرج من الخلاف لأن أبا حنيفة يحرمها فعلى هذا لو تحقق أنها منه لم تحرم وهو الصحيح لأنها ولادة لايتعلق بها ثبوت النسب فلم يتعلق بها التحريم كالولادة لما دون ستة أشهر من وقت الزنا واختلف أصحابنا فى المنفية باللعان فمنهم من قال يجوز للملاعن نكاحها لأنها منفية عنه فهى كالبنت من الزنا ومنهم من قال لايجوز للملاعن نكاحها لأنها غير منفية عنه قطعا ولهذا لو أقر بها ثبت النسب .

(فصل) ويحرم عليه أن يجمع بين أختين فى النكاح لقوله عز وجل «وأن تجمعوا بين الأختين» ولأن الجمع بينهما يؤدى إلى العداوة وقطع الرحم ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها» ولأنهما امرأتان لو كانت إحداهما ذكرا لم يحل له نكاح الأخرى فلم يجز الجمع بينهما فى النكاح كالأختين فان جمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها فى عقد واحد بطل نكاحهما لأنه ليست إحداهما بأولى من الأخرى فبطل نكاحهما وإن تزوج إحداهما بعد الأخرى بطل نكاح الثانية لأنها اختصت بالتحريم وإن تزوج إحداهما ثم طلقها فان كان طلاقا بائنا حلت له الأخرى لأنه لم يجمع بينهما فى الفراش وإن كان رجعيا لم تحل لأنها باقية على الفراش وإن قال أخبرتنى بانقضاء العدة وأنكرت المرأة لم يقبل قوله فى إسقاط النفقة والسكنى لأنه حق لها ويقبل قوله فى جواز نكاح أختها لأن الحق لله تعالى وهو مقلد فيما بينه وبينه فان نكح وثنى وثنية ودخل بها ثم أسلم وتزوج بأختها فى عدتها لم يصح وقال المزنى النكاح موقوف على إسلامها فان لم تسلم حتى انقضت العدة صح كما يقف نكاحها على إسلامها وهذا خطأ لأنها جارية إلى بينونة فلم يصح نكاح أختها كالرجعية ويخالف هذا نكاحها فان الموقوف هناك الحل والنكاح يجوز أن يقف حله ولايقف عقده ولهذا يقف حل نكاح المرتدة على انقضاء العدة ولايقف نكاحها على الإسلام ويقف حل نكاح الرجعية على العدة ولايقف نكاح أختها على العدة .

(فصل) ومن حرم عليه نكاح امرأة بالنسب له أو بالمصاهرة أو بالجمع حرم عليه وطؤها بملك اليمين لأنه إذا حرم النكاح فلأن يحرم الوطء وهو المقصود أولى وإن ملك أختين فوطئ إحداهما حرمت عليه الأخرى حتى تحرم الموطوءة ببيع أو عتق أو كتابة أو نكاح فان خالف ووطئها لم يعد إلى وطئها حتى تحرم الأولى والمستحب أن لايطأ الأولى حتى يستبرئ الثانية حتى لايكون جامعا للماء فى رحم أختين وإن تزوج امرأة ثم ملك أختها لم تحل له المملوكة لأن أختها على فراشه وإن وطئ مملوكة ثم تزوج أختها حرمت المملوكة وحلت المنكوحة لأن فراش المنكوحة أقوى لأنه يملك به حقوق لاتملك بفراش المملوكة من الطلاق والظهار والإيلاء واللعان فثبت الأقوى وسقط الأضعف كملك اليمين لما ملك به مالا يملك بالنكاح من الرقبة والمنفعة إذا طرأ على النكاح ثبت وسقط النكاح .

(فصل) وما حرم من النكاح والوطء بالقرابة حرم بالرضاع لقوله تعالى «وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة» فنص على الأم والأخت وقسنا عليهما من سواهما وروت عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة» .

(فصل) ومن حرم عليه نكاح امرأة على التأبيد برضاع أو نكاح أو وطء مباح صار لها محرما فى جواز النظر والخلوة لأنها محرمة عليه على التأبيد بسبب غير محرم فصار محرما لها كالأم والبنت ومن حرمت عليه بوطء شبهة لم يصر محرما لها لأنها حرمت عليه بسبب غير مباح ولم تلحق بذوات المحارم والأنساب .

(فصل) ويحرم على المسلم أن يتزوج ممن لا كتاب له من الكفار كعبدة الأوثان ومن ارتد عن الإسلام لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويحرم عليه أن يطأ إماءهم بملك اليمين لأن كل صنف حرم وطء حرائرهم بعقد النكاح حرم وطء إمائهم بملك اليمين كالأخوات والعمات ويحل له نكاح حرائر أهل الكتاب وهم اليهود والنصارى ومن دخل فى دينهم قبل التبديل لقوله تعالى «وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ولأن الصحابة رضى الله عنهم تزوجوا من أهل الذمة فتزوج عثمان رضى الله عنه نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهى نصرانية وأسلمت عنده وتزوج حذيفة رضى الله عنه بيهودية من أهل المدائن وسئل جابر رضى الله عنه عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية فقال تزوجناهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبى وقاص ويحل له وطء إمائهم بملك اليمين لأن كل جنس حل نكاح حرائرهم حل وطء إمائهم كالمسلمين ويكره أن يتزوج حرائرهم وأن يطأ إماءهم بملك اليمين لأنا لا نأمن أن يميل إليها فتفتنه عن الدين أو يتولى أهل دينها فان كانت حربية فالكراهية أشد لأنه لا يؤمن ما ذكرناه ولأنه يكثر سواد أهل الحرب ولأنه لا يؤمن أن يسبى ولده منها فيسترق .

(فصل) وأما غير اليهود والنصارى من أهل الكتاب كمن يؤمن بزبور داود عليه السلام وصحف شيث فلا يحل للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ إماءهم بملك اليمين لأنه قيل إن ما معهم ليس من كلام الله عز وجل وإنما هو شىء نزل به جبريل عليه السلام كالأحكام التى نزل بها على النبى صلى الله عليه وسلم من غير القرآن وقيل إن الذى معهم ليس بأحكام وإنما هى مواعظ والدليل عليه قوله تعالى «إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا» ومن دخل فى دين اليهود والنصارى بعد التبديل لا يجوز للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ إماءهم بملك اليمين لأنهم دخلوا فى دين باطل فهم كمن ارتد من المسلمين ومن دخل فيهم ولا يعلم أنهم دخلوا قبل التبديل أو بعده كنصارى العرب وهم تنوخ وبنو تغلب وبهراء لم يحل نكاح حرائرهم ولا وطء إمائهم بملك اليمين لأن الأصل فى الفروج الحظر فلا تستباح مع الشك .

(فصل) واختلف أصحابنا فى السامرة والصابئين فقال أبو إسحاق السامرة من اليهود والصابئون من النصارى واستفتى القاهر أبا سعيد الاصطخرى فى الصابئين فأفتى بقتلهم لأنهم يعتقدون أن الكواكب السبعة مدبرة والمذهب أنهم إن وافقوا اليهود والنصارى فى أصول الدين من تصديق الرسل والايمان بالكتب كانوا منهم وإن خالفوهم فى أصول الدين لم يكونوا منهم وكان حكمهم حكم عبدة الأوثان واختلفوا فى المجوس فقال أبو ثور يحل نكاحهم لأنهم يقرون على دينهم بالجزية كاليهود والنصارى وقال أبو إسحاق إن قلنا إنهم كان لهم كتاب حل نكاح حرائرهم ووطء إمائهم والمذهب أنه لا يحل لأنهم غير متمسكين بكتاب فهم كعبدة الأوثان وأما حقن الدم فلأن لهم شبهة كتاب والشبهة فى الدم تقتضى الحقن وفى البضع تقتضى الحظر وأما ما قال أبو إسحاق فلا يصح لأنه لو جاز نكاحهم على هذا القول لجاز قتلهم على القول الآخر .

(فصل) ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثنى وكتابية لأن الولد من قبيلة الأب ولهذا ينسب إليه ويشرف بشرفه فكان حكمه فى النكاح حكمه ومن ولد بين كتابى ووثنية ففيه قولان أحدهما أنها لا تحرم عليه لأنها من قبيلة الأب والأب من أهل الكتاب والثانى أنها تحرم لأنها لم تتمحض كتابية فأشبهت المجوسية .

(فصل) ولا يحل له نكاح الأمة الكتابية لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت

(قوله فتفتنه) الفتنة هى الاضلال عن الحق إلى الباطل . والفاتن المضل عن الحق . وفتنته المرأة إذا ألهته . والفتنة أيضا الابتلاء والاختبار (قوله يؤمن بزبور داود عليه السلام) أصل الزبور الكتاب . زبر أى كتب (قوله بعد التبديل) معناه أنهم جعلوا ابدل الحرام حلالا وبدل الحلال حراما وبدلوا صفة النبى صلى الله عليه وسلم على غير ما نزلت من عند الله (قوله يعتقدون أن الكواكب السبعة مدبرة) هى الشمس والقمر والمشترى وزحل والمريخ وزهرة وعطارد . ومدبرة أى تدبر الخلق فى معاشهم وفقرهم وغناهم ويقال الوزير يدبر الملك أى ينظر فى أمر مصلحته . والتدبر هو التفكر فى عواقب الأمور وذلك رأى المنجمين وكذبوا إنما ذلك إلى الله تعالى (قوله حقن الدم) حقنت دمه منعت أن يسفك . وأصله من حقنت اللبن أحقنه بالضم إذا جمعته فى السقاء وصببت حليبه على رائبه . واسم هذا اللبن الحقين (قوله ومن لم يستطع منكم طولا) الطول الفضل والبسطة والمقدرة على

أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ولأنها إن كانت لكافر استرق ولده منها وإن كانت لمسلم لم يؤمن أن يبيعها من كافر فيسترق ولده منها وأما الأمة المسلمة فإنه إن كان الزوج حرا نظرت فإن لم يخش العنت وهو الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى «ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات إلى قوله عز وجل ذلك لمن خشي العنت منكم» فدل على أنها لا تحل لمن لم يخش العنت وإن خشي العنت ولم تكن عنده حرة ولا يجد طولا وهو ما يتزوج به حرة ولا ما يشترى به أمة جاز له نكاحها للآية وإن وجد ما يتزوج به حرة مسلمة لم يحل له نكاح الأمة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم فدل على أنه إذا استطاع ما ينكح به محصنة مؤمنة أنه لا ينكح الأمة وإن وجد ما يتزوج به حرة كتابية أو يشترى به أمة ففيه وجهان أحدهما يجوز لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم وهذا غير مستطيع أن ينكح المحصنات المؤمنات والثاني لا يجوز وهو الصحيح لقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم وهذا لا يخشى العنت وإن كانت عنده حرة لا يقدر على وطئها لصغر أو لرتق أو لضنى من مرض ففيه وجهان أحدهما يحل له نكاح الأمة لأنه يخشى العنت والثاني لا يحل لأن تحته حرة فلا يحل له نكاح الأمة والصحيح هو الأول فإن لم تكن عنده حرة ولم يقدر على طول حرة وخشي العنت فتزوج أمة ثم تزوج حرة أو وجد طول حرة أو أمن العنت لم يبطل نكاح الأمة وقال المزني إذا وجد صداق حرة بطل نكاح الأمة لأن شرط الاباحة قد زال وهذا خطأ لأن زوال الشرط بعد العقد لا حكم له كما لو أمن العنت بعد العقد وإن كان الزوج عبدا حل له نكاح الأمة وإن وجد صداق حرة ولم يخف العنت لأنها مساوية له فلم يقف نكاحها على خوف العنت وعدم صداق الحرة كالحرة في حق الحر.

(فصل) ويحرم على العبد نكاح مولاته لأن أحكام الملك والنكاح تتناقض فإن المرأة بحكم الملك تطالبه بالسفر إلى المشرق والعبد بحكم النكاح يطالبها بالسفر إلى المغرب والمرأة بحكم النكاح تطالبه بالنفقة والعبد بحكم الملك يطالبها بالنفقة وإن تزوج العبد حرة ثم اشترته انفسخ النكاح لأن ملك اليمين أقوى لأنه يملك به الرقبة والمنفعة فأسقط النكاح ويحرم على المولى أن يتزوج أمته لأن النكاح يوجب للمرأة حقوقا يمنع منها ملك اليمين فبطل وإن تزوج جارية ثم ملكها انفسخ النكاح لما ذكرناه في العبد إذا تزوج حرة ثم اشترته.

(فصل) ويحرم على الأب نكاح جارية ابنه لأن له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره فإن تزوج جارية أجنبي ثم ملكها ابنه ففيه وجهان أحدهما أنه يبطل النكاح لأن ملك الابن كملكه في إسقاط الحد وحرمة الاستيلاد فكان كملكه في إبطال النكاح والثاني لا يبطل لأنه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل النكاح.

(فصل) ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ولأن العدة وجبت لحفظ النسب فلو جوزنا فيها النكاح اختلط النسب وبطل المقصود ويكره نكاح المرتابة بالحمل بعد انقضاء العدة لأنه لا يؤمن أن تكون حاملا من غيره فإن تزوجها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس أن النكاح باطل لأنها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها كما لو حدثت الريبة قبل انقضاء العدة والثاني وهو قول أبي سعيد وأبي إسحاق أنه يصح وهو الصحيح لأنها

المال. والطول أيضا المن. تطول علي أي من (قوله المحصنات) هن ههنا الحرائر. والمحصنات أيضا المزوجات. والمحصنات العفائف. أحصنت المرأة عفت عن الزنا. وكل امرأة عفيفة فهي محصنة ومحصنة. وكل امرأة مزوجة محصنة بالفتح لا غير ولعله مأخوذ من الحصن وهو الموضع يمتنع فيه من العدو كأنها منعت نفسها من البغي وهو الزنا الذي تقدم عليه الأمة الفاجرة يقال مدينة حصينة أي ممنوعة ودرع حصينة لا يعمل فيها السلاح (قوله لمن خشي العنت) أي يخاف الزنا والعنت أيضا المشقة قال تعالى «عزيز عليه ما عنتم وودوا ما عنتم» كأنه تلحقه المشقة بترك النكاح والعنة في اللغة المشقة الشديدة يقال أكمة عنوت إذا كانت شاقة قاله الأزهري وقال المبرد العنت ههنا الهلاك لأن الشهوة تحمله على الزنا فيهلك بالحد وقال الجوهري هو الفجور ههنا (قوله عقدة النكاح) وعقده هو إحكامه وإثباته مأخوذ من عقد الحبل وهو ربطه حتى يبلغ الكتاب أجله الأجل مدة الشيء التي ينتهي إليها كأجل الدين وأجل الموت (قوله المرتابة بالحمل) هي الشاكة والريب والريبة هي الشك لا ريب فيه لا شك

ريبة حدثت بعد انقضاء العدة فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد النكاح ويجوز نكاح الحامل من الزنا لأن حملها لا يلحق بأحد فكان وجوده كعدمه :

(فصل) ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة لقوله تعالى «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» وروى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم خذ منهن أربعا ويحرم على العبد أن يجمع بين أكثر من امرأتين وقال أبو ثور يحل له أن يجمع بين أربع وهذا خطأ لما روى أن عمر رضي الله عنه خطب وقال من يعلم ماذا يحل للمملوك من النساء فقال رجل أنا فقال كم قال اثنتان فسكت عمر وروى ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما .

(فصل) ولا يجوز نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من رجل على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته من الرجل على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق ولأنه أشرك في البضع بينه وبين غيره فبطل العقد كما لو زوج ابنته من رجلين فأما إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك صح النكاحان لأنه لم يحصل التشريك في البضع وإنما حصل الفساد في الصداق وهو أنه جعل الصداق أن يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح وإن قال زوجتك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة صح النكاحان ووجب مهر المثل لأن الفساد في الصداق وهو شرطه مع المائة تزويج ابنته فأشبه المسئلة قبلها وإن قال زوجتك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى ففيه وجهان أحدهما يصح لأن الشغار هو الخالي من الصداق وههنا لم يخل من الصداق والثاني لا يصح وهو المذهب لأن المبطل هو التشريك في البضع وقد اشترك في البضع :

(فصل) ولا يجوز نكاح المتعة وهو أن يقول زوجتك ابنتي يوما أو شهرا لما روى محمد بن علي رضي الله عنهما أنه سمع أباه علي ابن أبي طالب كرم الله وجهه وقد لقي ابن عباس وبلغه أنه يرخص في متعة النساء فقال له علي كرم الله وجهه إنك امرؤ تائه إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الإنسية ولأنه عقد يجوز مطلقا فلم يصح مؤقتا كالبيع ولأنه نكاح لا يتعلق به الطلاق والظهار والإرث وعدة الوفاة فكان باطلا كسائر الأنكحة الباطلة :

(فصل) ولا يجوز نكاح المحلل وهو أن ينكحها على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما وأن يتزوجها على أن يحللها للزوج الأول لما روى هزيل عن عبد الله قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الواصلة والموصولة والواشمة والموشومة والمحلل والمحلل له وآكل

(قوله مثنى وثلاث ورباع) كل هذا لفظ معدول عن اثنتين وثلاث وأربع منهم من يقيس عليه إلى العشرة ومنهم من يمنع ذلك يقال ثناء وثلاث ورباع ومثنى ومثلث ومربع وقد يغاير بين ألفاظها كما جاء به القرآن (قوله ولا يجوز نكاح الشغار) أصله من شغر الكلب إذا رفع إحدى رجليه عند البول لأن كل واحد منهما يشغر إذا نكح ومعناه لا ترفع رجل ابنتي مالم أرفع رجل ابنتك وقال في الفائق هو من قولهم شغرت بني فلان من الباب إذا أخرجتهم قال :

ونحن شغرنا ابني نزار كليهما وكلبا بطعن مرهب متقارب

ومنه قولهم تفرقوا شغر بغر لأنهما إذا تبادلا بأختيهما فقد أخرج كل واحد منهما أخته إلى صاحبه وفارق بها إليه : وقيل سمي شغارا لخلوه عن المهر من قولهم شغر البلد إذا خلى عن أهله . وقال في الشامل وقيل سمي شغارا لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول (قوله نكاح المتعة) أصله من المتاع وهو ما يتبلغ به إلى حين : والتمتع أيضا الانتفاع بالشيء كأنه ينتفع صاحبه ويتبلغ بنكاحها إلى الوقت الذي وقته (قوله إنك امرؤ تائه) أي متحير عن الحق يقال تاهت السفينة عن بلد كذا أي تحيرت عن المقصد فلم تهتد له : ويقال تاه في الأرض إذا ذهب متحيرا قال الله تعالى يتيهون في الأرض ويقال أيضا تاه يتيه إذا تكبر (قوله الحمر الانسية) بفتح النون ضد الوحشية منسوبة إلى الانس بالتحريك وهم الحي المقيمون : والانس أيضا لغة في الانس (قوله الواصلة والموصولة) هي التي تصل شعرها بشعر آخر : والواشمة والموشومة أن تغرز إبرة في شيء من البدن في اليد أو الرجل أو الوجه ثم يذر عليه النئور فيندمل وقد صار موشوما أسود :

الربا ومطعمه ولأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته فشابه نكاح المتعة وإن تزوجها على أنه إذا وطئها طلقها ففيه قولان أحدهما أنه باطل لما ذكرناه من العلة والثانى أنه يصح لأن النكاح مطلق وإنما شرط قطعه بالطلاق فبطل الشرط وصح العقد فإن تزوجها واعتقد أنه يطلقها إذا وطئها كره ذلك لما روى أبو مرزوق التجيبي أن رجلا أتى عثمان رضى الله عنه فقال إن جارى طلق امرأته فى غضبه ولقى شدة فأردت أن أحتسب نفسى ومالى فأتزوجها ثم أبنى بها ثم أطلقها فترجع إلى زوجها الأول فقال له عثمان رضى الله عنه لاتنكحها إلا بنكاح رغبة فإن تزوج على هذه النية صح النكاح لأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد ولهذا لو اشترى عبدا بشرط أن لايبيعه بطل ولو اشتراه بنية أن لايبيعه لم يبطل :

(فصل) وإن تزوج بشرط الخيار بطل العقد لأنه عقد يبطله التوقيت فبطل بالخيار الباطل كالبيع وإن شرط أن لايتسرى عليها أو لاينقلها من بلدها بطل الشرط لأنه يخالف مقتضى العقد ولا يبطل العقد لأنه لايمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع فإن شرط أن لايطأها ليلا بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا فإن كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد وإن كان من جهة الزوج لم يبطل لأن الزوج يملك الوطء ليلا ونهارا وله أن يترك فإذا شرط أن لايطأها فقد شرط ترك ماله تركه والمرأة يستحق عليها الوطء ليلا ونهارا فإذا شرطت أن لايطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه وذلك ينافى مقصود العقد فبطل :

(فصل) ويجوز التعريض بخطبة المعتدة عن الوفاة والطلاق الثلاث لقوله تعالى «ولاجناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء» ولما روت فاطمة بنت قيس أن أبا حفص بن عمرو طلقها ثلاثا فأرسل إليها النبى صلى الله عليه وسلم لاتسبقينى بنفسك فزوجها بأسامة رضى الله عنه ويحرم التصريح بالخطبة لأنه لما أباح التعريض دل على أن التصريح محرم ولأن التصريح لايحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح فتخبر بانقضاء العدة والتعريض يحتمل غير النكاح فلا يدعوها إلى الاخبار بانقضاء العدة وإن خالعها زوجها فاعتدت لم يحرم على الزوج التصريح بخطبتها لأنه يجوز له نكاحها فهو معها كالأجنبى مع الأجنبية فى غير العدة ويحرم على غيره التصريح بخطبتها لأنها محرمة عليه وهل يحرم التعريض فيه قولان أحدهما يحرم لأن الزوج يملك أن يستبيحها فى العدة فلم يجز لغيره التعريض بخطبتها كالرجعية والثانى لايحرم لأنها معتدة بائن فلم يحرم التعريض بخطبتها كالمطلقة ثلاثا والمتوفى عنها زوجها والمرأة فى الجواب كالرجل فى الخطبة فيما يحل وفيما يحرم لأن الخطبة للعقد فلا يجوز أن يختلفا فى تحليله وتحريمه والتصريح أن يقول إذا انقضت عدتك تزوجتك أو ما أشبهه والتعريض أن يقول رب راغب فيك وقال الأزهرى أنت جميلة وأنت مرغوب فيك وقال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة فقال لها رجل لاتسبقينا بنفسك فقالت قد سبقك غيرك ويكره التعريض بالجماع لقوله تعالى «ولكن لاتواعدوهن سرا» وفسر الشافعى رحمه الله السر بالجماع فسماه سرا لأنه يفعل سرا وأنشد فيه قول امرىء القيس :

ألا زعمت بسباسة اليوم أننى ۝ كبرت وأن لايحسن السر أمثالى

ولأن ذكر الجماع دناءة وسخف :

(فصل) ومن خطب امرأة فصرح له بالإجابة حرم على غيره خطبتها إلا أن يأذن فيه الأول لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب الأول أو يأذن له فيخطب وإن لم يصرح له بالإجابة ولم يعرض له لم يحرم على غيره لما روى أن فاطمة بنت قيس قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم إن معاوية وأبا الجهم خطبانى فقال

(قوله فأردت أن أحتسب نفسى ومالى) أى أطلب به أجرا عند الله. والاسم الحسبة بالكسر وهو الأجر والجمع الحسب (قوله ثم أبنى بها) أى أطؤها : وأصله أن من تزوج بنى بيتا فى العادة فكنى عن الوطء بالبناء : ويقال بنى الرجل بامرأته إذا وطئها (قوله التعريض بخطبة المعتدة) هو ضد التصريح وهو التورية بالشىء : يقال عرضت بفلان ولفلان إذا قلت قولا وأنت تعنيه وأصله من عرض الشىء وهو جانبه يقال اضرب به عرض الحائط كأنه يحوم حوله ولا يظهره (قوله دناءة وسخف) الدناءة فعل الشىء الدنىء وهو الخسيس الذى يلام على فعله يقال دنأ الرجل يدنأ دناءة أى تسفل فى فعله : والسخف رقة العقل وقد سخف الرجل بالضم سخافة فهو سخيف

رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو الجهم فلا يضع العصا عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له فانكحي أسامة وإن عرض له بالإجابة ففيه قولان قال في القديم تحرم خطبتها لحديث ابن عمر رضي الله عنه ولأن فيه إفساد ما تقارب بينهما وقال في الجديد لا تحرم لأنه لم يصرح له بالإجابة فأشبه إذا سكت عنه فإن خطب على خطبة أخيه في الموضع الذي لا يجوز فتزوجها صح النكاح لأن المحرم سبق العقد فلم يفسد به العقد وبالله التوفيق :

(باب الخيار في النكاح والرد بالعيب)

إذا وجد الرجل امرأته مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو رتقاء وهي التي انسد فرجها أو قرناء وهي التي في فرجها لحم يمنع الجماع ثبت له الخيار وإن وجدت المرأة زوجها مجنونا أو مجذوما أو أبرص أو مجبوبا أو عنينا ثبت لها الخيار لما روى زيد بن كعب بن عجرة قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من بني غفار فرأى بكشحها بياضا فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم البسي ثيابك والحقي بأهلك فثبت الرد بالبرص بالخبر وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص لأنها في معناه في منع الاستمتاع . إن وجد أحدهما الآخر وله فرج الرجال وفرج النساء ففيه قولان أحدهما يثبت له الخيار لأن النفس تعاف عن مباشرته فهو كالأبرص والثاني لا خيار له لأنه يمكنه الاستمتاع به وإذ وجدت المرأة زوجها خصيا ففيه قولان أحدهما لها الخيار لأن النفس تعافه والثاني لا خيار لها لأنها تقدر على الاستمتاع به وإن وجد أحدهما بالآخر عيبا وبه مثله بأن وجده أبرص وهو أبرص ففيه وجهان أحدهما له الخيار لأن النفس تعاف من عيب غيره وإن كان بها مثله والثاني لا خيار له لأنهما متساويان في النقص فلم يثبت لهما الخيار كما لو تزوج عبد بأمة وإن حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار فإن كان بالزوج ثبت لها الخيار لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجودا حال العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد كالإعسار بالمهر والنفقة وإن كان بالزوجة ففيه قولان أحدهما يثبت به الخيار وهو قوله في الجديد وهو الصحيح لأن ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعده كالعيب في الزوج والثاني وهو قوله في القديم إنه لا خيار له لأنه يملك أن يطلقها :

(فصل) والخيار في هذه العيوب على الفور لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور كخيار العيب في البيع ولا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم لأنه مختلف فيه :

(فصل) وإن فسخ قبل الدخول سقط المهر لأنه إن كانت المرأة فسخت كانت الفرقة من جهتها فسقط مهرها وإن كان الرجل هو الذي فسخ إلا أنه فسخ لمعنى من جهة المرأة وهو التدليس بالعيب فصار كأنها اختارت الفسخ وإن كان الفسخ بعد الدخول سقط المسمى ووجب مهر المثل لأنه يستند الفسخ إلى سبب قبل العقد فيصير الوطء كالحاصل في نكاح فاسد فوجب مهر المثل وهل يرجع به على من غره فيه قولان قال في القديم يرجع لأنه غره حتى دخل في العقد وقال في الجديد لا يرجع لأنه حصل له في مقابلته الوطء فإن قلنا يرجع فإن كان الرجوع على الولي رجع بجميعه وإن كان على المرأة ففيه وجهان أحدهما يرجع بجميعه كالولي والثاني يبقى منه شيئا حتى لا يعرى الوطء عن بدل وإن طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب لم يرجع بالنصف لأنه رضي بإزالة الملك والتزام نصف المهر فلم يرجع به :

(فصل) ولا يجوز لولي المرأة الحرة ولا لسيد الأمة ولا لولي الطفل تزويج المولى عليه ممن به هذه العيوب لأن في ذلك إضرارا بالمولى عليه فإن خالف وزوج فعلى ما ذكرناه فيمن زوج المرأة من غير كفء وإن دعت المرأة الولي أن يزوجها بمجنون لم يلزمه

(قوله لا يضع العصا عن عاتقه) العاتق موضع الرداء من المنكب يذكر ويؤنث ومعناه أن غالب أحواله حمل العصا فإنه قد ينام فيضعها ويصلي فيضعها (قوله فصعلوك لا مال له) قد ذكر الصعلوك وأنه الفقير (قوله رتقاء) مفسر في الكتاب وأصل الرتق الفتق وارتتق أي التأم ومنه قوله «كانتا رتقا ففتقناهما» . والرتق بالتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك منها. والقرن بسكون الراء العفلة الصغيرة في الفرج : وفي الحديث اختصم شريح في جارية بها قرن فقال أقعدوها فإن أصاب الأرض فهو عيب وإن لم يصب الأرض فليس بعيب. والعفل والعفلة بالتحريك فيهما شيء يخرج من قبل النساء وحيا الناقة شبيه بالأدرة التي للرجال والمرأة عفلاء (قوله فرأى بكشحها بياضا) الكشح الجنب وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف (قوله لأن النفس تعاف) أي تكره . عاف الطعام والشراب يعافه إذا كرهه فلم يشربه .

تزويجها لأن عليه فى ذلك عارا وإن دعت إلى نكاح مجبوب أو عنين لم يكن له أن يمتنع لأنه لاضرر عليه فى ذلك وإن دعت إلى نكاح مجذوم أو أبرص ففيه وجهان أحدهما له أن يمتنع لأن عليه فى ذلك عارا والثانى ليس له أن يمتنع لأن الضرر عليها دونه

(فصل) وإن حدث العيب بالزوج ورضيت به المرأة لم يجبرها الولى على الفسخ لأن حق الولى فى ابتداء العقد دون الاستدامة ولهذا لو دعت المرأة إلى نكاح عبد كان للولى أن يمتنع ولو أعتقت تحت عبد فاختارت المقام معه لم يكن للولى إجبارها على الفسخ .

(فصل) إذا ادعت المرأة على الزوج أنه عنين وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه فان نكل ردت اليمين على المرأة وقال أبوسعيد الاصطخرى يقضى عليه بنكوله ولا تحلف المرأة لأنه أمر لاتعلمه والمذهب الأول لأنه حق نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فردت على المدعى كسائر الحقوق وقوله إنها لاتعلمه يبطل باليمين فى كناية الطلاق وكناية القذف فاذا حلفت المرأة أو اعترف الزوج أجله الحاكم سنة لما روى سعيد بن المسيب أن عمر رضى الله عنه قضى فى العنين أن يؤجل سنة وعن على عليه السلام وعبدالله والمغيرة بن شعبة رضى الله عنهم نحوه ولأن العجز عن الوطء قد يكون بالتعنين وقد يكون لعارض من حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة فإذا مضت عليه الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية ولم يزل دل على أنه خلقة ولا تثبت المدة إلا بالحاكم لأنه يختلف فيها بخلاف مدة الإيلاء فان جامعها فى الفرج سقطت المدة وأدناه أن يغيب الحشفة فى الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه فان كان بعض الذكر مقطوعا لم يخرج من التعنين إلا بتغييب جميع مابقى ومن أصحابنا من قال إذا غيب من الباقى بقدر الحشفة خرج من حكم التعنين لأن الباقى قائم مقام الذكر والمذهب الأول لأنه إذا كان الذكر سليما فهناك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة وإذا كان مقطوعا فليس هناك حد يمكن اعتباره فاعتبر الجميع وإن وطئها فى الدبر لم يخرج من حكم التعنين لأنه ليس بمحل للوطء ولهذا لايحصل به الإحلال للزوج الأول وإن وطئ فى الفرج وهى حائض سقطت المدة لأنه محل للوطء وإن ادعى أنه وطئها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه لايمكن إثباته بالبينة وإن كانت بكرا فالقول قولها لأن الظاهر أنه لم يطأها فان قال الزوج وطئت ولكن عادت البكارة حلفت لجواز أن يكون قد ذهبت البكارة ثم عادت

(فصل) وإن اختارت المقام معه قبل انقضاء الأجل ففيه وجهان أحدهما يسقط خيارها لأنها رضيت بالعيب مع العلم والثانى لايسقط خيارها لأنه إسقاط حق قبل ثبوته فلم يصح كالعفو عن الشفعة قبل البيع وإن اختارت المقام بعد انقضاء الأجل سقط حقها لأنه إسقاط حق بعد ثبوته وإن أرادت بعد ذلك أن ترجع وتطالب بالفسخ لم يكن لها لأنه خيار ثبت بعيب وقد أسقطته فلم يجز أن ترجع فيه فان لم يجامعها حتى انقضى الأجل وطالبت بالفرقة فرق الحاكم بينهما لأنه مختلف فيه وتكون الفرقة فسخا لأنه فرقة لاتقف على إيقاع الزوج ولا من ينوب عنه فكانت فسخا كفرقة الرضاع وإن تزوج امرأة ووطئها ثم عن منها لم تضرب المدة لأن القدرة يقين فلا تترك بالاجتهاد :

(فصل) وإن وجدت المرأة زوجها مجبوبا ثبت لها الخيار فى الحال لأن عجزه متحقق فان كان بعضه مجبوبا وبقى مايمكن الجماع به فقالت المرأة لايتمكن من الجماع به وقال الزوج أتمكن ففيه وجهان أحدهما أن القول قوله لأن له مايمكن الجماع بمثله فقبل قوله كما لو اختلفا وله ذكر قصير والثانى وهو قول أبى إسحاق أن القول قول المرأة لأن الظاهر معها فان الذكر إذا قطع بعضه ضعف وإن اختلفا فى القدر الباقى هل يمكن الجماع به فالقول قول المرأة لأن الأصل عدم الامكان

(قوله عنين) هو الذى لايشتهى النساء . يقال رجل عنين بين العنة وامرأة عنينة لاتشتهى الرجال وهو فعيل بمعنى مفعول مثل جريح . والاسم منه العنة وعن الرجل من امرأته إذا حكم عليه القاضى بذلك أو منع عنها بالسحر : مشتق من عن الشىء إذا اعترض كأنه يعترض عن يمين الفرج ويساره ولايصيبه : وقيل مشتق من العنان شبه به فى لينه ورخاوته . والمجبوب وهو المقطوع الذكر والأنثيين والجب القطع ومنه الاسلام يجب ماقبله : والخصى مقطوع البيضتين مع بقاء الذكر . والمسلول منزوع البيضتين من سل الشىء إذا استخرجه برفق (قوله الفصول الأربعة) هى الشتاء والربيع والصيف والخريف . سميت بذلك لانفصال كل واحد منها عن صاحبه . والفصل القطع من المفصل . فصلت الشىء إذا قطعته فانقطع (قوله الأهوية) جمع هواء وهو الحر والبرد والاعتدال . والحشفة مافوق الختان .

(فصل) إذا تزوجت امرأة رجلا على أنه على صفة فخرج بخلافها أو على نسب فخرج بخلافه ففيه وجهان أحدهما أن العقد باطل لأن الصفة مقصودة كالعين ثم اختلاف العين يبطل العقد فكذلك اختلاف الصفة ولأنها لم ترض بنكاح هذا الزوج فلم يصح كما لو أذنت في نكاح رجل على صفة فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة والقول الثاني أنه يصح العقد وهو الصحيح لأن ما لا يفتقر العقد إلى ذكره إذا ذكره وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر فعلى هذا إن خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار لأن الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة فان خرج دونها فان كان عليها في ذلك نقص بأن شرط أنه حر فخرج عبدا أو أنه جميل فخرج قبيحا أو أنه عربي فخرج عجميا ثبت لها الخيار لأنه نقص لم ترض به وإن لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربي فخرج عجميا وهي عجمية ففيه وجهان أحدهما لها الخيار لأنها ما رضيت أن يكون مثلها والثاني لا خيار لها لأنها لا نقص عليها في حق ولا كفاءة .

(فصل) وإن كان الغرر من جهة المرأة نظرت فإن تزوجها على أنها حرة فكانت أمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة ففي صحة النكاح قولان فان قلنا إنه باطل فوطئها لزمه مهر المثل وهل يرجع به على الغار فيه قولان أحدهما لا يرجع لأنه حصل له في مقابلته الوطء والثاني يرجع لأن الغار ألجأه إليه فان كان الذي غره غير الزوجة رجع عليه وإن كانت هي الزوجة رجع عليها إذا عتقت وإن كان وكيل السيد رجع عليه في الحال وإن أحبلها ضمن قيمة الولد رجع بها على من غره وإن قلنا إنه صحيح فهل يثبت له الخيار فيه قولان أحدهما لا خيار له لأنه يمكنه أن يطلق والثاني له الخيار وهو الصحيح لأن ما ثبت به الخيار للمرأة ثبت به الخيار للرجل كالجنون وقال أبو إسحاق إن كان الزوج عبدا فلا خيار له قولا واحدا لأنه مثلها والصحيح أنه لا فرق بين أن يكون حرا أو عبدا لأن عليه ضررا لم يرض به وهو استرقاق ولده منها وعدم الاستمتاع بها في النهار فان فسخ فالحكم فيها كالحكم فيه إذا قلنا إنه باطل وإن قلنا لا خيار له أو له الخيار ولم يفسخ فهو كالنكاح الصحيح فان وطئها قبل العلم بالرق فالولد حر لأنه لم يرض برقه وإن وطئها بعد العلم بالرق فالولد مملوك لأنه رضي برقه وإن غرته بصفة غير الرق أو بنسب ففي صحة النكاح القولان فان قلنا إنه باطل ودخل بها وجب مهر المثل وهل يرجع به على من غره على القولين فان قلنا يرجع فان كان المغرور من غيرها رجع بالجميع وإن كان منها ففيه وجهان أحدهما يرجع بالجميع كما يرجع على غيرها والثاني يبقى منه شيئا حتى لا يعرى الوطء عن بدل وإن قلنا إنه صحيح فإن كان الغرور بنسب فخرجت أعلى منه لم يثبت الخيار وإن خرجت دونه ولكنه مثل نسبه أو أعلى منه لم يثبت الخيار وإن كان دون نسبه ففيه وجهان أحدهما له الخيار لأنه لم يرض أن تكون دونه والثاني لا خيار له لأنه لا نقص على الزوج بأن تكون المرأة دونه في الكفاءة فإن قلنا إن له الخيار فاختار الفسخ فالحكم فيه كالحكم فيه إذا قلنا إنه باطل وإن اختار المقام فهو كما قلنا إنه صحيح وقد بيناه .

(فصل) وإن تزوج امرأة من غير شرط يظنها حرة فوجدها أمة فالنكاح صحيح والمنصوص أنه لا خيار له وقال فيمن تزوج حرة يظنها مسلمة فخرجت كتابية أن له الخيار فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة من المسئلتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما له الخيار لأن الحرة الكتابية أحسن حالا من الأمة لأن الولد منها حر والاستمتاع بها تام فاذا جعل له الخيار فيها كان في الأمة والولد منها رقيق والاستمتاع بها ناقص أولى والقول الثاني لا خيار له لأن العقد وقع مطلقا فهو كما لو ابتاع شيئا يظنه على صفة فخرج بخلافها فانه لا يثبت له الخيار فكذلك ههنا وإذا لم يجعل له الخيار في الأمة ففي الكتابية أولى ومنهم من حملهما على ظاهر النص فقال له الخيار في الكتابية ولا خيار له في الأمة لأن في الكتابية ليس من جهة الزوج تفريط لأن الظاهر ممن لا غيار عليه أنه ولي مسلمة وإنما التفريط من جهة الولي في ترك الغيار وفي الأمة التفريط من جهة الزوج في ترك السؤال .

(فصل) إذا أعتقت الأمة وزوجها حر لم يثبت لها الخيار لما روت عائشة رضي الله عنها قالت أعتقت بريرة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها وكان عبدا فاختارت نفسها ولو كان حرا ما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه لا ضرر عليها في كونها

(قوله فخرج عجميا) الفرق بين العجمي والأعجمي والعربي والأعرابي أن العجمي هو الذي أبوه وأمه عجميان والأعجمي الذي ولد ببلاد العجم وإن لم يكن منهم : والعربي الذي ينسب إلى العرب ، والأعرابي الذي يسكن البادية من العرب

حرة تحت حر ولهذا لايثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته وإن أعتقت تحت عبد ثبت لها الخيار لحديث عائشة رضي الله عنها ولأن عليها عارا وضررا في كونها تحت عبد ولهذا لو كان ذلك في ابتداء النكاح ثبت لها الخيار فثبت به الخيار في استدامته ولها أن تفسخ بنفسها لأنه خيار ثابت بالنص فلم يفتقر إلى الحاكم وفي وقت الخيار قولان أحدهما أنه على الفور لأنه خيار لنقص فكان على الفور كخيار العيب في البيع والثاني أنه على التراخي لأنا لو جعلناه على الفور لم نأمن أن تختار المقام أو الفسخ ثم تندم فعلى هذا في وقته قولان أحدهما يتقدر بثلاثة أيام لأنه جعل حدا لمعرفة الحظ في الخيار في البيع والثاني أن لها الخيار إلى أن تمكنه من وطئها لأنه روي ذلك عن ابن عمر وحفصة بنت عمر رضي الله عنهما وقول الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار رضي الله عنهم فان أعتقت ولم تختر الفسخ حتى وطئها ثم ادعت الجهل بالعتق فان كان في موضع يجوز أن يخفى عليها العتق فالقول قولها مع يمينها لأن الظاهر أنها لم تعلم وإن كان في موضع لايجوز أن يخفى عليها لم يقبل قولها لأن ماتدعيه خلاف الظاهر وإن علمت بالعتق ولكن ادعت أنها لم تعلم بأن لها الخيار ففيه قولان أحدهما لاخيار لها كما لو اشترى سلعة فيها عيب وادعى أنه لم يعلم أن له الخيار والثاني أن لها الخيار لأن الخيار بالعتق لايعرفه غير أهل العلم وإن أعتقت وهي صغيرة ثبت لها الخيار إذا بلغت وإن كانت مجنونة ثبت لها الخيار إذا عقلت وليس للولي أن يختار لأن هذه طريقة الشهوة فلاينوب عنها الولي كالطلاق وإن أعتقت فلم تختر حتى عتق الزوج ففيه قولان أحدهما لايسقط خيارها لأنه حق ثبت في حال الرق فلم يتغير بالعتق كما لو وجب عليه حد ثم أعتق والثاني يسقط لأن الخيار ثبت للنقص وقد زال فان أعتقت وهي في العدة من طلاق رجعي فلها أن تترك الفسخ لانتظار البينونة بانقضاء العدة ولها أن تفسخ لأنها إذا لم تفسخ ربما راجعها إذا قارب انقضاء العدة فإذا فسخت احتاجت أن تستأنف العدة وإن اختارت المقام في العدة لم يسقط خيارها لأنها جارية إلى بينونة فلايصح منها اختيار المقام مع ماينافيه وإن أعتقت تحت عبد فطلقها قبل أن تختار الفسخ ففيه قولان أحدهما أن الطلاق ينفذ لأنه صادف الملك والثاني لاينفذ لأنه يسقط حقها من الفسخ فعلى هذا إن فسخت لم يقع الطلاق وإن لم تفسخ حكمنا بوقوع الطلاق من حين طلق ؛

(فصل) وإن أعتقت وفسخت النكاح فان كان قبل الدخول سقط المهر لأن الفرقة من جهتها وإن كان بعد الدخول نظرت فان كان العتق بعد الدخول استقر المسمى وإن كان قبله ودخل بها ولم تعلم بالعتق سقط المسمى ووجب مهر المثل لأن العتق وجد قبل الدخول فصار كما لو وجد الفسخ قبل الدخول ويجب المهر للمولى لأنه وجب بالعقد في ملكه وإن كانت مفوضة فأعتقت فاختارت الزوج وفرض لها المهر بعد العتق في المهر قولان إن قلنا يجب بالعقد كان للمولى لأنه وجب قبل العتق وإن قلنا يجب بالفرض كان لها لأنه وجب بعد العتق ؛

(فصل) وإن تزوج عبد مشرك حرة مشركة ثم أسلما ففيه وجهان أحدهما لاخيار لها لأنها دخلت في العقد مع العلم برقه والثاني وهو ظاهر النص أن لها أن تفسخ النكاح لأن الرق ليس بنقص في الكفر وإنما هو نقص في الإسلام فيصير كنقص حدث بالزوج فيثبت لها الخيار وإن تزوج العبد المشرك أمة فدخل بها ثم أسلمت وتخلف العبد فأعتقت الأمة ثبت لها الخيار لأنها عتقت تحت عبد وإن أسلم العبد وتخلفت المرأة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي الطيب بن سلمة إنه لايثبت لها الخيار وهو ظاهر مانقله المزني والفرق بينها وبين ماقبلها أن هناك الأمر موقوف على إسلام الزوج فإذا لم تفسخ لم تأمن أن لايسلم حتى يقارب انقضاء العدة ثم يسلم فتفسخ النكاح فتطول العدة وههنا الأمر موقوف على إسلامها فأي وقت شاءت أسلمت وثبت النكاح فلم يثبت لها الفسخ والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه يثبت لها الخيار كالمسألة قبلها وأنكر مانقله المزني ؛

(فصل) إذا ملك مائة دينار وأمة قيمتها مائة دينار وزوجها من عبد بمائة وهي بعتقها فأعتقت قبل الدخول لم يثبت لها الخيار لأنها إذا فسخت سقط مهرها وإذا سقط المهر عجز الثلث عن عتقها فسقط خيارها فيؤدي إثبات الخيار إلى إسقاطه فسقط ؛

(فصل) وإن أعتق عبد وتحته أمة ففيه وجهان أحدهما يثبت له الخيار كما يثبت للأمة إذا كان زوجها عبدا والثاني لا يثبت لأن رقها لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته *

(باب نكاح المشرك)

إذا أسلم الزوجان المشركان على صفة لو لم يكن بينهما نكاح جاز لهما عقد النكاح أقرا على النكاح وإن عقد بغير ولي ولا شهود لأنه أسلم خلق كثير فأقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على أنكحتهم ولم يسألهم عن شروطه وإن أسلما والمرأة ممن لا تحل له كالأم والأخت لم يقرا على النكاح لأنه لا يجوز أن يبتدئ نكاحها فلا يجوز الإقرار على نكاحها وإن أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت المرأة والزوج يهودي أو نصراني فان كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وإن كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة فان أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح وإن لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة وقال أبو ثور إن أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة وهذا خطأ لما روى عبد الله بن شبرمة أن الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته وإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما والفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لأنها فرقة عريت عن لفظ الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ *

(فصل) وإن أسلم الحر وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه لزمه أن يختار أربعا منهن لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا ولأن ما زاد على أربع لا يجوز إقرار المسلم عليه فان امتنع أجبر عليه بالحبس والتعزير لأنه حق توجه عليه لا تدخله النيابة فأجبر عليه فان أغمي عليه في الحبس خلي إلى أن يفيق لأنه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار فخلي كما يخلى من عليه دين إذا أعسر به فان أفاق أعيد إلى الحبس والتعزير إلى أن يختار ويؤخذ بنفقة جميعهن إلى أن يختار لأنهن محبوسات عليه بحكم النكاح والاختيار أن يقول اخترت نكاح هؤلاء الأربع فينفسخ نكاح البواقي أو يقول اخترت فراق هؤلاء فيثبت نكاح البواقي وإن طلق واحدة منهن كان ذلك اختيارا لنكاحها لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة وإن ظاهر منها أو آلى لم يكن ذلك اختيارا لأنه قد يخاطب به غير الزوج وإن وطئ واحدة ففيه وجهان أحدهما أنه اختيار لأن الوطء لا يجوز إلا في ملك فدل على الاختيار كوطء البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار والثاني وهو الصحيح أنه ليس باختيار لأنه اختيار للنكاح فلم يجز بالوطء كالرجعة وإن قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح لأن الاختيار كالنكاح فلم يجز تعليقه على الصفة ولا في غير معين وإن قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يصح لأن الفسخ لا يجوز تعليقه على الصفة ولأن الفسخ إنما يستحق فيما زاد على أربع وقد يجوز أن لا يسلم أكثر من أربع فلا يستحق فيها الفسخ وإن قال كلما أسلمت واحدة فهي طالق ففيه وجهان أحدهما يصح وهو ظاهر النص لأنه قال وإن قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يكف شيئا إلا أن يريد به الطلاق فدل على أنه إذا أراد الطلاق صح ووجهه أن الطلاق يصح تعليقه على الصفات والثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه لا يصح لأن الطلاق ههنا يتضمن اختيار الزوجية والاختيار لا يجوز تعليقه على الصفة وحمل قول الشافعي رحمه الله على من أسلم وله أربع نسوة في الشرك وأراد بهذا القول الطلاق فانه يصح لأنه طلاق لا يتضمن اختيارا فجاز تعليقه على الصفة وإن أسلم ثم ارتد لم يصح اختياره لأن الاختيار كالنكاح فلم يصح مع الردة وإن أسلم وأحرم فالمنصوص أنه يصح اختياره فمن أصحابنا من جعلها على قولين أحدهما لا يصح كما لا يصح نكاحه والثاني يصح كما تصح رجعته ومنهم من قال إن أسلم ثم أحرم ثم أسلمن لم يجز أن يختار قولا واحدا لأنه لا يجوز أن يبتدئ النكاح وهو محرم فلا يجوز أن يختاره وحمل النص عليه وإذا أسلم ثم أسلمن ثم أحرم لم يبطل الخيار لأن الاحرام طرأ بعد ثبوت الخيار *

(فصل) وإن مات قبل أن يختار لم يقم وارثه مقامه لأن الاختيار يتعلق بالشهوة فلا يقوم فيه غيره مقامه وتجب على جميعهن العدة لأن كل واحدة منهن يجوز أن تكون من الزوجات فمن كانت حاملا اعتدت بوضع الحمل ومن كانت من ذوات الشهور اعتدت

بأربعة أشهر وعشر ومن كانت من ذوات الأقراء اعتدت بالأقصى من الأجلين من ثلاثة أقراء أو أربعة أشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين ويوقف ميراث أربع نسوة إلى أن يصطلحن لأنا نعلم أن فيهن أربع زوجات وإن كان عددهن ثمانية فجاء أربع يطلبن الميراث لم يدفع إليهن شيء لجواز أن تكون الزوجات غيرهن وإن جاء خمس دفع إليهن ربع الموقوف لأن فيهن زوجة بيقين ولا يدفع إليهن إلا بشرط أنه لم يبق لهن حق لم يكن صرف الباقي إلى باقي الورثة وإن جاء ست دفع إليهن نصف الموقوف لأن فيهن زوجتين بيقين وعلى هذا القياس وإن كان فيهن أربع كتابيات ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي القاسم الداركي أنه لا يوقف شيء لأنه لا يوقف إلا ما يتحقق استحقاقه ويجهل مستحقه وههنا لا يتحقق الاستحقاق لجواز أن تكون الزوجات الكتابيات فلا يرثن والثاني يوقف لأنه لا يجوز أن يدفع إلى باقي الورثة إلا ما يتحقق أنهم يستحقونه ويجوز أن يكون المسلمات زوجاته فلا يكون الجميع لباقي الورثة .

(فصل) وإن أسلم وتحته أختان أو امرأة وعمتها أو امرأة وخالتها وأسلمتا معه لزمه أن يختار إحداهما لما روى أن ابن الديلمي أسلم وتحته أختان فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اختر أيتهما شئت وفارق الأخرى وإن أسلم وتحته أم وبنت وأسلمتا معه لم يخل إما أن لا يكون قد دخل بواحدة منهما أو دخل بهما أو دخل بالأم دون البنت أو بالبنت دون الأم فإن لم يكن دخل بواحدة منهما ففيه قولان أحدهما يمسك البنت وتحرم الأم وهو اختيار المزني لأن النكاح في الشرك كالنكاح الصحيح بدليل أنه يقر عليه والأم تحرم بالعقد على البنت وقد وجد العقد والبنت لا تحرم إلا بالدخول بالأم ولم يوجد الدخول والقول الثاني وهو الصحيح أنه يختار من شاء منهما لأن عقد الشرك إنما تثبت له الصحة إذا انضم إليه الاختيار فإذا لم ينضم إليه الاختيار فهو كالمعدوم ولهذا لو أسلم وعنده أختان واختار إحداهما جعل كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأخرى فإذا اختار الأم صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على البنت وإذا اختار البنت صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأم فعلى هذا إذا اختار البنت حرمت الأم على التأبيد لأنها أم امرأته وإن اختار الأم حرمت البنت تحريم جمع لأنها بنت امرأة لم يدخل بها وإن دخل بها حرمت البنت بدخوله بالأم وأما الأم فإن قلنا إنها تحرم بالعقد على البنت حرمت لعلتين بالعقد على البنت وبالدخول بها وإن قلنا إنها لا تحرم بالعقد حرمت بعلة وهي الدخول وإن دخل بالأم دون البنت فإن قلنا إن الأم تحرم بالعقد على البنت حرمت الأم بالعقد على البنت وحرمت البنت بالدخول بالأم وإن قلنا إن الأم لا تحرم بالعقد على البنت حرمت البنت بالدخول بالأم وثبت نكاح الأم وإن دخل بالبنت دون الأم ثبت نكاح البنت وانفسخ نكاح الأم وحرمت في أحد القولين بالعقد وبالدخول وفي القول الآخر بالدخول

(فصل) وإن أسلم وتحته أربع إماء فأسلمن معه فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة اختار واحدة منهن لأنه يجوز أن يبتدئ نكاحها فجاز له اختيارها كالحرة وإن كان ممن لا يحل له نكاح الأمة لم يجز أن يمسك واحدة منهن وقال أبو ثور يجوز لأنه ليس بابتداء النكاح فلا يعتبر فيه عدم الطول وخوف العنت كالرجعة وهذا خطأ لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلا يجوز له اختيارها كالأم والأخت ويخالف الرجعة لأن الرجعة سد ثلمة في النكاح والاختيار إثبات النكاح في المرأة فصار كابتداء العقد وإن أسلم وتحته إماء وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار واحدة منهن لأن وقت الاختيار عند اجتماع إسلامه وإسلامهن وهو في هذا الحال ممن يجوز له نكاح الأمة فكان له اختيارها وإن أسلم بعضهن وهو موسر وأسلم بعضهن وهو معسر فله أن يختار من اجتمع إسلامه وإسلامها وهو معسر ولا يختار من اجتمع إسلامه وإسلامها وهو موسر اعتبارا بوقت الاختيار .

(فصل) وإن أسلم وعنده أربع إماء فأسلمت منهن واحدة وهو ممن يجوز له نكاح الإماء فله أن يختار المسلمة وله أن ينتظر إسلام البواقي ليختار من شاء منهن فإن اختار فسخ نكاح المسلمة لم يكن له ذلك لأن الفسخ إنما يكون فيمن فضل عمن يلزم نكاحها وليس ههنا فضل فإن خالف وفسخ ولم يسلم البواقي لزم نكاح المسلمة وبطل الفسخ وإن أسلمن فله أن يختار واحدة

(قوله اعتدت بأقصى الأجلين) أي أبعدهما . والقصا البعد وقوله حرمت على التأبيد قد ذكرنا أن الأبد الدهر وهو تفعيل منه تأبد الشيء إذا بقي على مر الأبد أي الدهر (قوله سد ثلمة) الثلمة الخلل في الحائط وغيره وقد ثلمته أثلمه بالكسر يقال في السيف ثلم وفي الاناء ثلم إذا انكسر من شفته شيء ومثله حديث إبراهيم أنه يكره الشرب من ثلمة الاناء ومن عروتها يقال إنها كفل الشيطان أي مركبه :

فإن اختار نكاح المسلمة التى اختار فسخ نكاحها ففيه وجهان أحدهما ليس له ذلك لأنا منعنا الفسخ فيها لأنها لم تكن فاضلة عمن يلزم فيها النكاح وبإسلام غيرها صارت فاضلة عمن يلزم نكاحها فثبت فيها الفسخ والثانى وهو المذهب أن له أن يختار نكاحها لأن اختيار الفسخ كان قبل وقته فكان وجوده كعدمه كما لو اختار نكاح مشركة قبل إسلامها :

(فصل) وإن أسلم وعنده حرة وأمة وأسلمتا معه ثبت نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة لأنه لا يجوز أن يبتدئ نكاح الأمة مع وجود حرة فلا يجوز أن يختارها فإن أسلم وأسلمت الأمة معه وتخلفت الحرة فإن أسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها وبطل نكاح الأمة كما لو أسلمتا معا وإن انقضت العدة ولم تسلم بانت باختلاف الدين فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة فله أن يمسكها .

(فصل) وإن أسلم عبد وتحته أربع فأسلمن معه لزمه أن يختار اثنتين فإن أعتق بعد إسلامه وإسلامهن لم تجز له الزيادة على اثنتين لأنه ثبت له الاختيار وهو عبد وإن أسلم وأعتق ثم أسلمن أو أسلمن وأعتق ثم أسلم لزم نكاح الأربع لأنه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له أن ينكح أربع نسوة :

(فصل) وإن تزوج امرأة معتدة من غيره وأسلما فإن كان قبل انقضاء العدة لم يقرا على النكاح لأنه لا يجوز له أن يبتدئ نكاحها فلا يجوز إقراره على نكاحها وإن كان بعد انقضاء العدة أقرا عليه لأنه يجوز أن يبتدئ نكاحها وإن أسلما وبينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لأنه إن كان بعد انقضاء المدة لم يبق نكاح وإن كان قبله لم يعتقدا تأبيده والنكاح عقد مؤبد وإن أسلما على نكاح شرط فيه الخيار لهما أو لأحدهما متى شاء لم يقرا عليه لأنهما لا يعتقدان لزومه والنكاح عقد لازم وإن أسلما على نكاح شرط فيه خيار ثلاثة أيام فإن كان قبل انقضاء المدة لم يقرا عليه لأنهما لا يعتقدان لزومه وإن كان بعد انقضاء المدة أقرا عليه لأنهما يعتقدان لزومه وإن طلق المشرك امرأته ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما لم يقرا عليه لأنها لا تحل له قبل زوج فلم يقرا عليه كما لو أسلم وعنده ذات رحم محرم وإن قهر حربى حربية ثم أسلما فإن اعتقدا ذلك نكاحا أقرا عليه لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولى ولا شهود وإن لم يعتقدا ذلك نكاحا لم يقرا عليه لأنه ليس بنكاح :

(فصل) إذا ارتد الزوجان أو أحدهما فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة وإن كان بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح وإن لم يجتمعا وقعت الفرقة لأنه انتقال من دين إلى دين يمنع ابتداء النكاح فكان حكمه ما ذكرناه كما لو أسلم أحد الوثنيين :

(فصل) وإن انتقل الكتابى إلى دين لا يقر أهله عليه لم يقر عليه لأنه لو كان على هذا الدين فى الأصل لم يقر عليه فكذلك إذا انتقل إليه وما الذى يقبل منه فيه ثلاثة أقوال : أحدها يقبل منه الإسلام أو الدين الذى كان عليه أو دين يقر عليه أهله لأن كل واحد من ذلك مما يجوز الإقرار عليه والثانى لا يقبل منه إلا الإسلام لأنه دين حق أو الدين الذى كان عليه لأنا أقررناه عليه والثالث لا يقبل منه إلا الإسلام وهو الصحيح لأنه اعترف ببطلان كل دين سوى دينه ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه فلم يبق إلا الإسلام وإن انتقل الكتابى إلى دين يقر أهله عليه ففيه قولان أحدهما يقر عليه لأنه دين يقر أهله عليه فأقر عليه كالإسلام والثانى لا يقر عليه لقوله عز وجل ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه فعلى هذا فيما يقبل منه قولان أحدهما يقبل منه الإسلام أو الدين الذى كان عليه والثانى لا يقبل منه إلا الإسلام لما ذكرناه وكل من انتقل من الكفار إلى دين لا يقر عليه فحكمه فى بطلان نكاحه حكم المسلم إذا ارتد .

(فصل) وإن تزوج كتابى وثنية ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يقر عليه لأن كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الذمى كنكاح المرتدة والثانى هو المذهب أنه يقر عليه لأن كل نكاح أقر عليه بعد الإسلام أقر عليه قبله كنكاح الكتابية .

(فصل) إذا أسلم الوثنيان قبل الدخول ثم اختلفا فقالت المرأة أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح وقال الزوج بل أسلمنا

(قوله وتخلفت الحرة) تخلف ضد تقدم وهو من الخلف نقيض للقدام (قوله بانت) افترقت وأصله البعد والبينونة البعد مصدر على غير القياس

معا فالنكاح على حاله ففيه قولان أحدهما أن القول قول الزوج وهو اختيار المزنى لأن الأصل بقاء النكاح والثانى أن القول قول المرأة لأن الظاهر معها فان اجتماع إسلامهما حتى لا يسبق أحدهما الآخر متعذر قال فى الأم إذا أقام الزوج بينة أنهما أسلما حين طلعت الشمس أو حين غربت الشمس لم ينفسخ النكاح لاتفاق إسلامهما فى وقت واحد وهو عند تكامل الطلوع أو الغروب فان أقام البينة أنهما أسلما حال طلوع الشمس أو حال غروبها انفسخ نكاحهما لأن حال الطلوع والغروب من حين يبتدئ بالطلوع والغروب إلى أن يتكامل وذلك مجهول وإن أسلم الوثنيان بعد الدخول واختلفا فقال الزوج أسلمت قبل انقضاء عدتك فالنكاح باق وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء عدتى فلا نكاح بيننا فقد نص الشافعى رحمه الله تعالى على أن القول قول الزوج ونص فى مسئلتين على أن القول قول الزوجة إحداهما إذا قال الزوج للرجعية راجعتك قبل انقضاء العدة فنحن على النكاح وقالت الزوجة بل راجعتنى بعد انقضاء العدة فالقول قول الزوجة والثانية إذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم فقال أسلمت قبل انقضاء العدة فالنكاح باق وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء العدة فالقول قول المرأة فمن أصحابنا من نقل جواب بعضها إلى بعض وجعل فى المسائل كلها قولين أحدهما أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء النكاح والثانى أن القول قول الزوجة لأن الأصل عدم الإسلام والرجعة ومنهم من قال هى على اختلاف حالين فالذى قال إن القول قول الزوج إذا سبق بالدعوى والذى قال القول قول الزوجة إذا سبقت بالدعوى لأن قول كل واحد منهما مقبول فيما سبق إليه فلا يجوز إبطاله بقول غيره ومنهم من قال هى على اختلاف حالين على وجه آخر فالذى قال القول قول الزوج أراد إذا اتفقا على صدقه فى زمان ما ادعاه لنفسه بأن قال أسلمت وراجعت فى رمضان فقالت المرأة صدقت لكن انقضت عدتى فى شعبان فالقول قول الزوج باتفاقهما على الاسلام بالرجعة فى رمضان واختلافهما فى انقضاء العدة والذى قال القول قول المرأة إذا اتفقا على صدقها فى زمان ما ادعته لنفسها بأن قالت انقضت عدتى فى شهر رمضان فقال الزوج لكن راجعت أو أسلمت فى شعبان فالقول قول المرأة لاتفاقهما على انقضاء العدة فى رمضان واختلافهما فى الرجعة والاسلام :

﴿ كتاب الصداق ﴾

المستحب أن لا يعقد النكاح إلا بصداق لما روى سعد بن سهل رضى الله عنه أن امرأة قالت قد وهبت نفسى لك يا رسول الله صلى الله عليك فر فى رأيك فقال رجل زوجنيها قال اطلب ولو خاتما من حديد فذهب فلم يجئ بشىء فقال النبى صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شىء فقال نعم فزوجه بما معه من القرآن ولأن ذلك أقطع للخصومة ويجوز من غير صداق لقوله تعالى «لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة» فأثبت الطلاق مع عدم الفرض وروى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل إنى أزوجك فلانة قال نعم قال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا قالت نعم فزوج أحدهما من صاحبه فدخل عليها ولم يفرض لها به صداقا فلما حضرته الوفاة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجنى فلانة ولم أفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا وإنى قد أعطيتها عن صداقها سهمى بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف ولأن القصد بالنكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير صداق ؛

(فصل) ويجوز أن يكون الصداق قليلا لقوله صلى الله عليه وسلم اطلب ولو خاتما من حديد ولأنه بدل منفعتها فكان تقدير العوض إليها كأجرة منافعها ويجوز أن يكون كبيرا لقوله عز وجل وآتيتم إحداهن قنطارا قال معاذ رضى الله عنه القنطار ألف ومائتا أوقية وقال أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه ملء مسك ثور ذهبا ، والمستحب أن يخفف لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة ، ولأنه إذا كبر أجحف وأضر ودعا إلى المقت والمستحب أن لا يزيد على خمسمائة درهم لما روت عائشة رضى الله عنها قالت كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم لأزواجه اثنتى عشرة أوقية ونشا أتدرون ما النش نصف أوقية وذلك خمسمائة درهم والمستحب الاقتداء به والتبرك بمتابعته فان ذكر صداق فى السر وصداق فى العلانية

(ومن كتاب الصداق)

يقال الصداق والصداق بالفتح والكسر ويقال أيضا الصدقة قال الله عز وجل «وآتوا النساء صدقاتهن» والصدقة مثله بالضم وتسكين الدال (قوله ملء مسك ثور ذهبا) المسك بفتح الميم الجلد وجمعه مسوك (قوله ودعا إلى المقت) المقت أشد البغض مقته مقتا إذا أبغضه : والنش عشرون درهما نصف أوقية كما ذكر وهو عربى لأنهم يسمون الأربعين درهما أوقية ويسمون العشرين نشا

فالواجب ماعقد به العقد لأن الصداق يجب بالعقد فوجب ماعقد به وإن قال زوجتك ابنتى بألف وقال الزوج قبلت نكاحها بخمسمائة وجب مهر المثل لأن الزوج لم يقبل بألف والولى لم يوجب بخمسمائة فسقط الجميع ووجب مهر المثل .

(فصل) ويجوز أن يكون الصداق دينا وعينا وحالا ومؤجلا لأنه عقد على المنفعة فجاز بما ذكرناه كالاجارة .

(فصل) ويجوز أن يكون منفعة كالخدمة وتعليم القرآن وغيرهما من المنافع المباحة لقوله عز وجل «إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج» فجعل الرعى صداقا وزوج النبى صلى الله عليه وسلم الواهبة من الذى خطبها بما معه من القرآن ولا يجوز أن يكون محرما كالخمر وتعليم التوراة وتعليم القرآن للذمية لا تتعلمه للرغبة فى الاسلام ولا مافيه غرر كالمعدوم والمجهول ولا مالم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض ولا مالا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير الطائر لأنه عوض فى عقد فلا يجوز بما ذكرناه كالعوض فى البيع والإجارة فان تزوج على شىء من ذلك لم يبطل النكاح لأن فساده ليس بأكثر من عدمه فإذا صح النكاح مع عدمه صح مع فساده ويجب مهر المثل لأنها لم ترض من غير بدل ولم يسلم لها البدل وتعذر رد المعوض فوجب رد بدله كما لو باع سلعة بمحرم وتلفت فى يد المشترى .

(فصل) فان تزوج كافر بكافرة على محرم كالخمر والخنزير ثم أسلما أو تحاكما إلينا قبل الاسلام نظرت فان كان قبل القبض سقط المسمى ووجب مهر المثل لأنه لا يمكن إجباره على تسليم المحرم وإن كان بعد القبض برئت ذمته منه كما لو تبايعا بيعا فاسدا وتقابضا وإن قبض البعض برئت ذمته من المقبوض ووجب بقدر مابقى من مهر المثل فان كان الصداق عشرة أزقاق خمر فقبضت منها خمسة ففيه وجهان أحدهما يعتبر بالعدد فيبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل لأنه لا قيمة لها فكان الجميع واحدا فيها فسقط نصف الصداق ويجب نصف مهر المثل والثانى يعتبر بالكيل لأنه أحصر وإن أصدقها عشرة من الخنازير وقبضت منها خمسة ففيه وجهان أحدهما يعتبر بالعدد فتبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل لأنه لا قيمة لها فكان الجميع واحدا والثانى يعتبر بماله قيمة وهو الغنم فيقال لو كانت غنما كم كانت قيمة ماقبض منها فيبرأ منه بقدره ويجب بحصة مابقى من مهر المثل لأنه لما لم تكن له قيمة اعتبر بماله قيمة كما يعتبر الحر بالعبد فيما ليس له أرش مقدر من الجنايات .

(فصل) وإن أعتق رجل أمته على أن تتزوج به ويكون عتقها صداقها وقبلت لم يلزمها أن تتزوج به لأنه سلف فى عقد فلم يلزم كما لو قال لامرأة خذى هذا الألف على أن تتزوجى بى وتعتق الأمة لأنه أعتقها على شرط باطل فسقط الشرط وثبت العتق كما لو قال لعبده إن ضمنت لى خمرا فأنت حر فضمن ويرجع عليها بقيمتها لأنه لم يرض فى عتقها إلا بعوض ولم يسلم له وتعذر الرجوع إليها فوجبت قيمتها كما لو باع عبدا بعوض محرم وتلف العبد فى يد المشترى وإن تزوجها بعد العتق على قيمتها وهما لا يعلمان قدرها فالمهر فاسد وقال أبو على ابن خيران يصح كما لو تزوجها على عبد لا يعلمان قيمته وهذا خطأ لأن المهر هناك هو العبد وهو معلوم والمهر ههنا هو القيمة وهى مجهولة فلم يجز وإن أراد حيلة يقع بها العتق وتتزوج به ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن خيران أنه يمكنه ذلك بأن يقول إن كان فى معلوم الله تعالى أنى إذا أعتقتك تزوجت بى فأنت حرة فاذا تزوجت به علمنا أنه قد وجد شرط العتق وإن لم تتزوج به علمنا أنه لم يوجد شرط العتق والثانى وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يصح ذلك ولا يقع العتق ولا يصح النكاح لأنه حال ماتتزوج به نشك أنها حرة أو أمة والنكاح مع الشك لا يصح فإذا لم يصح النكاح لم تعتق لأنه لم يوجد شرط العتق وإن أعتقت امرأة عبدا على أن يتزوج بها وقبل العبد عتق ولا يلزمه أن يتزوج بها لما ذكرناه فى الأمة ولا يلزمه قيمته لأن النكاح حق للعبد فيصير كما لو أعتقته بشرط أن تعطيه مع العتق شيئا آخر ويخالف الأمة فان نكاحها حق للمولى فاذا لم يسلم له رجع عليها بقيمتها وإن قال رجل لآخر أعتق عبدك عن نفسك على أن أزوجك ابنتى فأعتقه لم يلزمه التزويج لما ذكرناه وهل تلزمه قيمة العبد فيه وجهان بناء على القولين فيمن قال لغيره أعتق عبدك عن نفسك وعلى ألف فأعتقه أحدهما يلزمه كما لو قال أعتق عبدك عنى على ألف والثانى لا يلزمه لأنه بذل العوض على مالا منفعة له فيه .

ويسمون الخمسة نواة (قوله على أن تأجرنى ثمانى حجج) كان الصداق فى شرع من قبلنا للأولياء .

(فصل) ويثبت فى الصداق خيار الرد بالعيب لأن إطلاق العقد يقتضى السلامة من العيب فثبت فيه خيار الرد كالعوض فى البيع ولا يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار المجلس لأنه أحد عوضى النكاح فلم يثبت فيه خيار الشرط وخيار المجلس كالبضع ولأن خيار الشرط وخيار المجلس جعلا لدفع الغبن والصداق لم يبن على المغابنة فإن شرط فيه خيار الشرط فقد قال الشافعى رحمه الله يبطل النكاح فمن أصحابنا من جعله قولا لأنه أحد عوضى النكاح فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كالبضع ومنهم من قال لا يبطل وهو الصحيح كما لا يبطل إذا جعل المهر خمرا أو خنزيرا وما قال الشافعى رحمه الله محمول على ما إذا شرط فى المهر والنكاح ويجب مهر المثل لأن شرط الخيار لا يكون إلا بزيادة جزء أو نقصان جزء فإذا سقط الشرط وجب إسقاط ما فى مقابلته فيصير الباقى مجهولا فوجب مهر المثل وإن تزوجها بألف على أن لا يتسرى عليها أو لا يتزوج عليها بطل الصداق لأنه شرط باطل أضيف إلى الصداق فأبطله، ويجب مهر المثل لما ذكرناه فى شرط الخيار .

(فصل) وتملك المرأة المسمى بالعقد إن كان صحيحا ومهر المثل إن كان فاسدا لأنه عقد يملك المعوض فيه بالعقد فملك العوض فيه بالعقد كالبيع وإن كانت المنكوحة صغيرة أو غير رشيدة سلم المهر إلى من ينظر فى مالها وإن كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه إليها ومن أصحابنا من خرج فى البكر البالغة قولا آخر أنه يجوز أن يدفع إليها أو إلى أبيها وجدها لأنه يجوز إجبارها على النكاح فجاز للولى قبض صداقها بغير إذنها كالصغيرة فإن قال الزوج لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها فقالت المرأة لا أسلم نفسى حتى أقبض الصداق ففيه قولان أحدهما لا يجبر واحد منهما بل يقال من سلم منكما أجبرنا الآخر والثانى يؤمر الزوج بتسليم الصداق إلى عدل وتؤمر المرأة بتسليم نفسها فإذا سلمت نفسها أمر العدل بدفع الصداق إليها كالقولين فيمن باع سلعة بثمن معين وقد بينا وجه القولين فى البيوع إن قلنا بالقول الأول لم تجب لها النفقة فى حال امتناعها لأنها ممتنعة بغير حق وإن قلنا بالقول الثانى وجبت لها النفقة لأنها ممتنعة بحق وإن تبرعت وسلمت نفسها ووطئها الزوج أجبر على دفع الصداق وسقط حقها من الامتناع لأن بالوطء استقر لها جميع البدل فسقط حق المنع كالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن .

(فصل) فإن كان الصداق عينا لم تملك التصرف فيه قبل القبض كالمبيع وإن كان دينا فعلى القولين فى الثمن وإن كان عينا فهلكت قبل القبض هلك من ضمان الزوج كما يهلك المبيع قبل القبض من ضمان البائع وهل ترجع إلى مهر المثل أو إلى بدل العين فيه قولان قال فى القديم ترجع إلى بدل العين لأنه عين يجب تسليمها لا يسقط الحق بتلفها فوجب الرجوع إلى بدلها كالمغصوب فعلى هذا إن كان مما له مثل وجب مثله وإن لم يكن له مثل وجبت قيمته أكثر ما كانت من حين العقد إلى أن تلف كالمغصوب ومن أصحابنا من قال تجب قيمته يوم التلف لأنه وقت الفوات والصحيح هو الأول لأن هذا يبطل بالمغصوب. وقال فى الجديد ترجع إلى مهر المثل لأنه عوض معين تلف قبل القبض وتعذر الرجوع إلى المعوض فوجب الرجوع إلى بدل المعوض كما لو اشترى ثوبا بعبد فقبض الثوب ولم يسلم العبد وتلف عنده فإنه يجب قيمة الثوب وإن قبضت الصداق ووجدت به عيبا فردته أو خرج مستحقا رجعت فى قوله القديم إلى بدله وفى قوله الجديد إلى مهر المثل وإن كان الصداق تعليم سورة من القرآن فتعلمت من غيره أو لم تتعلم لسوء حفظها فهو كالعين إذا تلفت فترجع فى قوله القديم إلى أجرة المثل وفى قوله الجديد إلى مهر المثل .

(فصل) ويستقر الصداق بالوطء فى الفرج لقوله عز وجل وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وفسر الافضاء بالجماع وهل يستقر بالوطء فى الدبر فيه وجهان أحدهما يستقر لأنه موضع يجب بالايلاج فيه الحد فأشبه الفرج والثانى لا يستقر لأن المهر فى مقابلة ما تملك بالعقد والوطء فى الدبر غير مملوك فلم يستقر به المهر ويستقر بالموت قبل الدخول وقال أبو سعيد الاصطخرى إن كانت أمة لم يستقر بموتها لأنها كالسلعة تباع وتبتاع والسلعة المبيعة إذا تلفت قبل التسليم سقط الثمن فكذلك إذا ماتت الأمة وجب أن يسقط المهر والمذهب أنه يستقر لأن النكاح إلى الموت فإذا ماتت انتهى النكاح فاستقر البدل كالاجارة إذا انقضت مدتها واختلف قوله فى الخلوة فقال فى القديم تقرر المهر لأنه عقد على المنفعة فكان التمكين فيه كالاستيفاء فى تقرر البدل كالاجارة وقال فى الجديد لا تقرر لأنه خلوة فلا تقرر المهر كالخلوة فى غير النكاح .

(فصل) وإن وقعت فرقة بعد الدخول لم يسقط من الصداق شىء لأنه استقر فلم يسقط فإن أصدقها سورة من القرآن وطلقها

بعد الدخول وقبل أن يعلمها ففيه وجهان أحدهما يعلمها من وراء حجاب كما يستمع منها حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم والثانى لا يجوز أن يعلمها لأنه لا يؤمن الافتتان بها ويخالف الحديث فإنه ليس له بدل فلو منعناه من سماعه منها أدى إلى إضاعته[1] وفى الصداق لا يؤدى إلى إبطاله لأن فى قوله الجديد ترجع إلى مهر المثل وفى قوله القديم ترجع إلى أجرة التعليم وإن وقعت الفرقة قبل الدخول نظرت فإن كانت بسبب من جهة المرأة بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه سقط مهرها لأنها أتلفت المعوض قبل التسليم فسقط البدل كالبائع[2] إذا أتلف المبيع قبل التسليم وإن كانت بسبب من جهته[3] نظرت فإن كان بطلاق سقط نصف المسمى لقوله تعالى «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» وإن كان بإسلامه أو بردته سقط نصفه لأنه فرقة انفرد الزوج بسببها قبل الدخول فتنصف بها المهر كالطلاق وإن كان بسبب منهما نظرت فإن كان بخلع سقط نصفه لأن المغلب فى الخلع جهة الزوج بدليل أنه يصح الخلع به دونها وهو إذا خالع مع أجنبى فصار كما لو انفرد به وإن كان بردة منهما ففيه وجهان أحدهما يسقط نصفه لأن حال الزوج فى النكاح أقوى فسقط نصفه كما لو ارتد وحده والثانى يسقط الجميع لأن المغلب فى المهر جهة المرأة لأن المهر لها فسقط جميعه كما لو انفردت بالردة فإن اشترت المرأة زوجها قبل الدخول ففيه وجهان أحدهما يسقط النصف لأن البيع تم بالزوجة والسيد وهو قائم مقام الزوج فصار كالفرقة الواقعة بالخلع والثانى يسقط جميع المهر لأن البيع تم بها دون الزوج فسقط جميع المهر كما لو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه :

(فصل) وإن قتلت المرأة نفسها فالمنصوص أنه لا يسقط مهرها وقال فى الأمة إذا قتلت نفسها أو قتلها مولاها أنه يسقط مهرها فنقل أبو العباس جوابه فى كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما يسقط المهر لأنها فرقة حصلت من جهتها قبل الدخول فسقط بها المهر كما لو ارتدت والثانى لا يسقط وهو اختيار المزنى وهو الصحيح لأنها فرقة حصلت بانقضاء الأجل وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت : وقال أبو إسحاق لا يسقط فى الحرة ويسقط فى الأمة على ما نص عليه لأن الحرة كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا يملك منعها من السفر والأمة لا تصير كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا لا يملك منعها من السفر مع المولى وإن قتلها الزوج استقر مهرها لأن إتلاف الزوج كالقبض كما أن إتلاف المشترى للمبيع فى يد البائع كالقبض فى تقرير الثمن .

(فصل) ومتى ثبت الرجوع فى النصف لم يخل إما أن يكون الصداق تالفا أو باقيا فإن كان تالفا فإن كان مما له مثل رجع بنصف مثله وإن لم يكن له مثل رجع بقيمة نصفه أقل ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض لأنه إن كانت قيمته يوم العقد أقل ثم زادت كانت الزيادة فى ملكها فلم يرجع بنصفها وإن كانت قيمته يوم العقد أكثر ثم نقص كان النقصان مضمونا عليه فلم يرجع بما هو مضمون عليه وإن كان باقيا لم يخل إما أن يكون باقيا على حالته أو زائدا أو ناقصا أو زائدا من وجه ناقصا من وجه فإن كان على حالته رجع فى نصفه ومتى يملك فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحاق أنه لا يملك إلا باختيار التملك لأن الإنسان لا يملك شيئا بغير اختياره إلا الميراث فعلى هذا إن حدثت منه زيادة قبل الاختيار كانت لها والثانى وهو المنصوص أنه يملك بنفس الفرقة لقوله عز وجل وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فعلق استحقاق النصف بالطلاق فعلى هذا إن حدثت منه زيادة كانت بينهما وإن طلقها والصداق زائد نظرت فإن كانت زيادة متميزة كالثمرة والنتاج واللبن رجع بنصف الأصل وكانت الزيادة لها لأنها زيادة متميزة حدثت فى ملكها فلم تتبع الأصل فى الرد كما قلنا فى الرد بالعيب فى البيع وإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم الصنعة فالمرأة بالخيار بين أن تدفع النصف بزيادته وبين أن تدفع قيمة النصف فإن دفعت النصف أجبر الزوج على أخذه لأنه نصف المفروض مع زيادة لا تتميز وإن دفعت قيمة النصف أجبر على أخذها لأن حقه فى نصف المفروض والزائد غير المفروض فوجب أخذ البدل وإن كانت المرأة فلسة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحاق أنه يجوز للزوج أن يرجع بنصف العين مع الزيادة لأنه لا يصل إلى حقه من البدل فرجع بالعين مع الزيادة كما يرجع البائع

(قوله لا يؤمن الافتتان بها) يقال فتنته المرأة إذا دلهته وافتتنته أيضا . وأنشد أبو عبيد لأعشى همدان :

لئن فتنتنى لهى بالأمس أفتنت — سعيدا فأمسى قد قلى كل مسلم

فى المبيع مع الزيادة عند إفلاس المشترى والثانى وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يرجع لأنه ليس من جهة المرأة تفريط فلا يؤخذ منها مازاد فى ملكها بغير رضاها ويخالف إذا أفلس المشترى فان المشترى فرط فى حبس الثمن إلى أن أفلس فرجع البائع فى العين مع الزيادة فان كان الصداق نخلا وعليها طلع غير مؤبر فبذلت المرأة نصفها مع الطلع ففيه وجهان أحدهما لا يجبر الزوج على أخذها لأنها هبة فلا يجبر على قبولها والثانى يجبر وهو المنصوص لأنه نماء غير متميز فأجبر على أخذها كالسمن وإن بذلت نصف النخل دون الثمرة لم يجبر الزوج على أخذها وقال المزنى يلزمه أن يرجع فيه وعليه ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ كما يلزم المشترى ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ وهذا خطأ لأنه قد صار حقه فى القيمة فلا يجبر على أخذ العين ولأن عليه ضررا فى ترك الثمرة على نخله فلم يجبر ويخالف المشترى فانه دخل فى العقد عن تراض فأقرا على ما تراضيا عليه فان طلب الزوج الرجوع بنصف النخل وترك الثمرة إلى أوان الجذاذ ففيه وجهان أحدهما لا تجبر المرأة لأنه صار حقه فى القيمة والثانى تجبر عليه لأن الضرر زال عنها ورضى الزوج بما يدخل عليه من الضرر وإن طلقها والصداق ناقص بأن كان عبدا فعمى أو مرض فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصفه ناقصا وبين أن يأخذ قيمة النصف فان رجع فى النصف أجبرت المرأة على دفعه لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا وإن طلب القيمة أجبرت على الدفع لأن الناقص دون حقه وإن طلقها والصداق زائد من وجه ناقص من وجه بأن كان عبدا فتعلم صنعة ومرض فان تراضيا على أخذ نصفه جاز لأن الحق لهما وإن امتنع الزوج من أخذه لم يجبر عليه لنقصانه وإن امتنعت المرأة من دفعه لم تجبر عليه لزيادته وإن كان الصداق جارية فحبلت فهى كالعبد إذا تعلم صنعة ومرض لأن الحمل زيادة من وجه ونقصان من وجه آخر لأنه يخاف منه عليها فكان حكمه حكم العبد وإن كان بهيمة فحملت ففيه وجهان أحدهما أن المرأة بالخيار بين أن تسلم النصف مع الحمل وبين أن تدفع القيمة لأنه زيادة من غير نقص لأن الحمل لا يخاف منه على البهيمة والثانى وهو ظاهر النص أنه كالجارية لأنه زيادة من وجه ونقصان من وجه فانه ينقص به اللحم فيما يؤكل ويمنع من الحمل عليه فيما يحمل فكان كالجارية وإن باعته ثم رجع إليها ثم طلقها الزوج رجع بنصفه لأنه يمكن الرجوع إلى عين ماله فلم يرجع إلى القيمة وإن وصت به أو وهبته ولم يقبض ثم طلقها رجع بنصفه لأنه باق على ملكها وتصرفها وإن كاتبته أو وهبته وأقبضته ثم طلقها رجع بقيمة النصف لأنه تعلق به حق لازم لغيرها فان كان عبدا فدبرته ثم طلقها فقد روى المزنى أنه يرجع فمن أصحابنا من قال يرجع لأنه باق على ملكها ومنهم من قال لا يرجع لأنه لا يملك نقض تصرفها ومنهم من قال فيه قولان إن قلنا إن التدبير وصية فله الرجوع وإن قلنا إنه عتق بصفة رجع بنصف قيمته ؛

(فصل) وإن كان الصداق عينا فوهبته من الزوج ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان أحدهما لا يرجع عليها وهو اختيار المزنى لأن النصف تعجل له بالهبة والثانى يرجع وهو الصحيح لأنه عاد إليه بغير الطلاق فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق كما لو وهبته لأجنبى ثم وهبه الأجنبى منه وإن كان دينا فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول فان قلنا أنه لا يرجع فى الهبة لم يرجع فى الابراء وإن قلنا يرجع فى الهبة ففى الابراء وجهان أحدهما يرجع كما يرجع فى الهبة والثانى لا يرجع لأن الابراء إسقاط لا يفتقر إلى القبول والهبة تمليك تفتقر إلى القبول فان أصدقها عينا فوهبتها منه ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع بالجميع فيه قولان لأن الرجوع بالجميع فى الردة كالرجوع بالنصف فى الطلاق وإن اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن ووهب البائع الثمن منه ثم وجد بالسلعة عيبا ففى ردها والرجوع بالثمن وجهان بناء على القولين فان وجد به عيبا وحدث به عنده عيب آخر فهل يرجع بالأرش فيه وجهان بناء على القولين وإن اشترى سلعة ووهبها من البائع ثم أفلس المشترى فللبائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن قولا واحدا لأن حقه فى الثمن ولم يرجع إليه الثمن ؛

(فصل) إذا طلقت المرأة قبل الدخول ووجب لها نصف المهر جاز للذى بيده عقدة النكاح أن يعفو عن النصف لقوله عز وجل «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح» وفيمن بيده عقدة النكاح قولان قال فى القديم هو الولى فيعفو عن النصف الذى لها لأن الله تعالى خاطب الأزواج

وأنكر الأصمعى افتتنته ؛

فقال سبحانه وتعالى «وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح» ولو كان الزوج لقال إلا أن يعفون أو تعفوا لأنه تقدم ذكر الأزواج وخاطبهم بخطاب الحاضر فلما عدل عن خطابهم دل على أن الذى بيده عقدة النكاح غير الزوج فوجب أن يكون هو الولى وقال فى الجديد هو الزوج فيعفو عن النصف الذى وجب له بالطلاق فأما الولى فلا يملك العفو لأنه حق لها فلا يملك الولى العفو عنه كسائر ديونها وأما الآية فتحتمل أن يكون المراد به الأزواج فخاطبهم بخطاب الحاضر ثم خاطبهم بخطاب الغائب كما قال الله عز وجل «حتى إذا كنتم فى الفلك وجرين بهم» فإذا قلنا إن الذى بيده عقدة النكاح هو الولى لم يصح العفو منه إلا بخمسة شروط أحدها أن يكون أبا أو جدا لأنهما لا يتهمان فيما يريان من حظ الولد ومن سواهما متهم والثانى أن تكون المنكوحة بكرا فأما الثيب فلا يجوز العفو عن مالها لأنه لا يملك الولى تزويجها والثالث أن يكون العفو بعد الطلاق وأما قبله فلا يجوز لأنه لا حظ لها فى العفو قبل الطلاق لأن البضع معرض للتالف فإذا عفا ربما دخل بها فتلفت منفعة بضعها من غير بدل والرابع أن يكون قبل الدخول فأما بعد الدخول فقد أتلف بضعها فلم يجز إسقاط بدله والخامس أن تكون صغيرة أو مجنونة فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو عن مهرها لأنه لا ولاية عليها فى المال.

(فصل) وإن فوضت بضعها بأن تزوجت وسكتت عن المهر أو تزوجت على أن لا مهر لها ففيه قولان أحدهما لا يجب لها المهر بالعقد وهو الصحيح لأنه لو وجب لها المهر بالعقد لتنصف بالطلاق والثانى يجب لأنه لو لم يجب لما استقر بالدخول ولها أن تطالب بالفرض لأن إخلاء العقد عن المهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم فان قلنا يجب بالعقد فرض لها مهر المثل لأن البضع كالمستهلك فضمن بقيمته كالسلعة المستهلكة فى يد المشترى ببيع فاسد وإن قلنا لا يجب لها المهر بالعقد فرض لها ما يتفقان عليه لأنه ابتداء إيجاب فكان إليهما كالفرض فى العقد ومتى فرض لها مهر المثل أو ما يتفقان عليه صار ذلك كالمسمى فى الاستقرار بالدخول والموت والتنصف بالطلاق لأنه مهر مفروض فصار كالمفروض فى العقد وإن لم يفرض لها حتى طلقها لم يجب لها شىء من المهر لقوله عز وجل «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» فدل على أنه إذا لم يفرض لم يجب النصف وإن لم يفرض لها حتى وطئها استقر لها مهر المثل لأن الوطء فى النكاح من غير مهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم وإن ماتا أو أحدهما قبل الفرض ففيه قولان أحدهما لا يجب لها المهر لأنها مفوضة فارقت زوجها قبل الفرض والمسيس فلم يجب لها المهر كما لو طلقت والثانى يجب لها المهر لما روى علقمة قال أتى عبد الله فى رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يكن فرض لها شيئا ولم يدخل بها فقال أقول فيها برأيى لها صداق نسائها وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان الأشجعى قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تزويج بنت واشق بمثل ما قضيت ففرح بذلك ولأن الموت معنى يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالوطء وإن تزوجت على أن لا مهر لها فى الحال ولا فى الثانى ففيه وجهان أحدهما أن النكاح باطل لأن النكاح من غير مهر لم يكن إلا لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتصير كما لو نكح نكاحا ليس له والثانى يصح لأنه يلغى قولها لا مهر لى فى الثانى لأنه شرط باطل فى الصداق فسقط وبقى العقد فعلى هذا يكون حكمه حكم القسم قبله

(فصل) ويعتبر مهر المثل بمهر نساء العصبات لحديث علقمة عن عبد الله وتعتبر بالأقرب فالأقرب منهن وأقربهن الأخوات وبنات الإخوة والعمات وبنات الأعمام فان لم يكن لها نساء عصبات اعتبر بأقرب النساء إليها من الأمهات والخالات لأنهن أقرب إليها فان لم يكن لها أقارب اعتبر بنساء بلدها ثم بأقرب النساء شبها بها ويعتبر بمهر من هى على صفتها فى الحسن والعقل والعفة واليسار لأنه قيمة متلف فاعتبر فيها الصفات التى تختلف بها العوض والمهر يختلف بهذه الصفات ويجب من نقد البلد كقيم المتلفات.

(قوله المفوضة) هى المرأة تنكح بغير صداق من قولهم فوضت الأمر إلى فلان أى رددته كأنها ردت الأمر إلى الزوج وفوضته إليه. والتفويض أن تفوض المرأة أمرها إلى الزوج فلا تقدر معه مهراً. وقيل معنى التفويض الاهمال كأنها أهملت أمر المهر فلم تسمه كما قال الشاعر:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ... ولا سراة إذا جهالهم سادوا

ويقال المرأة مفوضة بالكسر لتفويضها لأنها أذنت. وبالفتح لأن وليها فوضها بعقده

(فصل) وإذا أعسر الرجل بالمهر ففيه طريقان من أصحابنا من قال إن كان قبل الدخول ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح لأنه معاوضة يلحقه الفسخ فجاز فسخه بالافلاس بالعوض كالبيع وإن كان بعد الدخول لم يجز الفسخ لأن البضع صار كالمستهلك بالوطء فلم تفسخ بالافلاس كالبيع بعد هلاك السلعة ومن أصحابنا من قال إن كان قبل الدخول ثبت الفسخ وإن كان بعد الدخول ففيه قولان أحدهما لا يثبت لها الفسخ لما ذكرناه والثانى يثبت لها الفسخ وهو الصحيح لأن البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع إليه ولا يجوز الفسخ إلا بالحاكم لأنه مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب :

(فصل) إذا زوج الرجل ابنه الصغير وهو معسر ففيه قولان قال فى القديم يجب المهر على الأب لأنه لما زوجه مع العلم بوجوب المهر والاعسار كان ذلك رضا بالتزامه وقال فى الجديد يجب على الابن وهو الصحيح لأن البضع له فكان المهر عليه :

(فصل) وإن تزوج العبد بإذن المولى فإن كان مكتسبا وجب المهر والنفقة فى كسبه لأنه لا يمكن إيجاب ذلك على المولى لأنه لم يضمن ولا فى رقبة العبد لأنه وجب برضا من له الحق ولا يمكن إيجابه فى ذمته لأنه فى مقابلة الاستمتاع فلا يجوز تأخيره عنه فلم يبق إلا الكسب فتعلق به ولا يتعلق إلا بالكسب الحادث بعد العقد فإن كان المهر مؤجلا تعلق بالكسب الحادث بعد حلوله لأن ما كسبه قبله للمولى ويلزم المولى تمكينه من الكسب بالنهار ومن الاستمتاع بالليل لأن إذنه فى النكاح يقتضى ذلك فان لم يكن مكتسبا وكان مأذونا له فى التجارة فقد قال فى الأم يتعلق بما فى يده فمن أصحابنا من حمله على ظاهره لأنه دين لزمه بعقد أذن فيه المولى فقضى مما فى يده كدين التجارة ومن أصحابنا من قال يتعلق بما يحصل من فضل المال لأن ما فى يده للمولى فلا يتعلق به كما لا يتعلق بما فى يده من الكسب وإنما يتعلق بما يحدث وحمل كلام الشافعى رحمه الله على ذلك وإن لم يكن مكتسبا ولا مأذونا له فى التجارة ففيه قولان أحدهما يتعلق المهر والنفقة بذمته يتبع به إذا أعتق لأنه دين لزمه برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض فعلى هذا المرأة أن تفسخ إذا أرادت والثانى يجب فى ذمة السيد لأنه لما أذن له فى النكاح مع العلم بالحال صار ضامنا للمهر والنفقة وإن تزوج بغير إذن المولى ووطئ فقد قال فى الجديد يجب فى ذمته يتبع به إذا أعتق لأنه حق وجب برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض وقال فى القديم يتعلق برقبته لأن الوطء كالجناية وإن أذن له فى النكاح فنكح نكاحا فاسدا ووطئ ففيه قولان أحدهما أن الاذن يتضمن الصحيح والفاسد لأن الفاسد كالصحيح فى المهر والعدة والنسب فعلى هذا حكمه حكم الصحيح وقد بيناه والثانى وهو الصحيح أنه لا يتضمن الفاسد لأن الاذن يقتضى عقداً يملك به فعلى هذا حكمه حكم ما لو تزوج بغير إذنه وقد بيناه

(باب اختلاف الزوجين فى الصداق)

إذا اختلف الزوجان فى قدر المهر أو فى أجله تحالفا لأنه عقد معاوضة فجاز أن يثبت التحالف فى قدر عوضه وأجله كالبيع وإذا تحالفا لم ينفسخ النكاح لأن التحالف يوجب الجهل بالعوض والنكاح لا يبطل بجهالة العوض ويجب مهر المثل لأن المسمى سقط وتعذر الرجوع إلى المعوض فوجب بدله كما لو تحالفا فى الثمن بعد هلاك المبيع فى يد المشترى وقال أبو على بن خيران إن زاد مهر المثل على ما تدعيه المرأة لم تجب الزيادة لأنها لا تدعيها وقد بينا فساد قوله فى البيع وإن ماتا أو أحدهما قام الوارث مقام الميت لما ذكرناه فى البيع فان اختلف الزوج وولى الصغيرة فى قدر المهر ففيه وجهان أحدهما يحلف الزوج ويوقف يمين المنكوحة إلى أن تبلغ ولا يحلف الولى لأن الإنسان لا يحلف لإثبات الحق لغيره والثانى أنه يحلف وهو الصحيح لأنه باشر العقد فحلف كالوكيل فى البيع فان بلغت المنكوحة قبل التحالف لم يحلف الولى لأنه لا يقبل إقراره عليها فلم يحلف وهذا فيه نظر لأن الوكيل يحلف وإن لم يقبل إقراره وإن ادعت المرأة أنها تزوجت به يوم السبت بعشرين ويوم الأحد بثلاثين وأنكر الزوج أحد العقدين وأقامت المرأة البينة على العقدين وادعت المهرين قضى لها لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم السبت ثم خالعها ثم تزوجها يوم الأحد فلزمه المهران .

(فصل) وإن اختلفا فى قبض المهر فادعاه الزوج وأنكرت المرأة فالقول قولها لأن الأصل عدم القبض وبقاء المهر وإن كان الصداق تعليم سورة فادعى الزوج أنه علمها وأنكرت المرأة فان كانت لاتحفظ السورة فالقول قولها لأن الأصل عدم التعليم وإن كانت تحفظها ففيه وجهان أحدهما أن القول قولها لأن الأصل أنه لم يعلمها والثانى أن القول قوله لأن الظاهر أنه لم يعلمها غيره وإن دفع إليها شيئا وادعى أنه دفعه عن الصداق وادعت المرأة أنه هدية فان اتفقا على أنه لم يتلفظ بشىء فالقول قوله من غير يمين لأن الهدية لاتصح بغير قول وإن اختلفا فى اللفظ فادعى الزوج أنه قال هذا عن صداقك وادعت المرأة أنه قال هو هدية فالقول قول الزوج لأن الملك له فاذا اختلفا فى انتقاله كان القول فى الانتقال قوله كما لو دفع إلى رجل ثوبا فادعى أنه باعه وادعى القابض أنه وهبه له :

(فصل) وإن اختلفا فى الوطء فادعته المرأة وأنكر الزوج فالقول قوله لأن الأصل عدم الوطء فان أتت بولد يلحقه نسبه ففى المهر قولان أحدهما يجب لأن إلحاق النسب يقتضى وجود الوطء والثانى لايجب لأن الولد يلحق بالامكان والمهر لايجب إلا بالوطء والأصل عدم الوطء :

(فصل) وإن أسلم الزوجان قبل الدخول فادعت المرأة أنه سبقها بالإسلام فعليه نصف المهر وادعى الزوج أنها سبقته فلامهر لها فالقول قول المرأة لأن الأصل بقاء المهر وإن اتفقا على أن أحدهما سبق ولا يعلم عين السابق منهما فان كان المهر فى يد الزوج لم يجز للمرأة أن تأخذ منه شيئا لأنها تشك فى الاستحقاق وإن كان فى يد الزوجة رجع الزوج بنصفه لأنه يتيقن استحقاقه ولا يأخذ من النصف الآخر شيئا لأنه شك فى استحقاقه :

(فصل) وإن أصدقها عينا ثم طلقها قبل الدخول وقد حدث بالصداق عيب فقال الزوج حدث بعد ماعاد إلى فعليك أرشه وقالت المرأة بل حدث قبل عوده إليك فلا يلزمنى أرشه فالقول قول المرأة لأن الزوج يدعى وقوع الطلاق قبل النقص والأصل عدم الطلاق والمرأة تدعى حدوث النقص قبل الطلاق والأصل عدم النقص فتقابل الأمران فسقطا والأصل براءة ذمتها :

(فصل) وإذا وطىء امرأة بشبهة أو فى نكاح فاسد لزمه المهر لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها فان أكرهها على الزنا وجب عليه المهر لأنه وطء سقط فيه الحد عن الموطوءة بشبهة والواطىء من أهل الضمان فى حقها فوجب عليه المهر كما لو وطئها فى نكاح فاسد فان طاوعته على الزنا نظرت فان كانت حرة لم يجب لها المهر لما روى أبو مسعود البدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن وإن كانت أمة لم يجب لها المهر على المنصوص للخبر ومن أصحابنا من قال يجب لأن المهر حق للسيد فلم يسقط بإذنها كأرش الجناية :

(فصل) وإن وطىء امرأة وادعت المرأة أنه استكرهها وادعى الواطىء أنها طاوعته ففيه قولان أحدهما القول قول الواطىء لأن الأصل براءة ذمته والثانى القول قول الموطوءة لأن الواطىء متلف ويشبه أن يكون القولان مبنيين على القولين فى اختلاف رب الدابة وراكبها ورب الأرض وزارعها :

(فصل) وإن وطىء المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن وهو جاهل بالتحريم ففيه قولان أحدهما لايجب المهر لأن البضع للسيد وقد أذن له فى إتلافه فسقط بدله كما لو أذن له فى قطع عضو منها والثانى يجب لأنه وطء سقط عنه الحد للشبهة فوجب عليه المهر كما لو وطىء فى نكاح فاسد فان أتت منه بولد ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالمهر لأنه متولد من مأذون فيه فإذا كان فى بدل المأذون فيه قولان كذلك وجب أن يكون فى بدل ماتولد منه قولان وقال أبو إسحاق تجب قيمة الولد يوم سقط قولا واحداً لأنها تجب بالاحبال ولم يوجد الاذن فى الاحبال والطريق الأول أظهر لأنه وإن لم يأذن فى الاحبال إلا أنه أذن فى سببه

(قوله مهر البغى وحلوان الكاهن) البغى الزانية : والبغاء الزنا . وحلوان الكاهن أجرته وقد ذكر . والكاهن العالم بالعبرانية

(باب المتعة)

إذا طلقت المرأة لم يخل إما أن يكون قبل الدخول أو بعده فان كان قبل الدخول نظرت فان لم يفرض لها مهر وجب لها المتعة لقوله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ولأنه لحقها بالنكاح ابتذال وقلت الرغبة فيها بالطلاق فوجب لها المتعة وإن فرض لها المهر لم تجب لها المتعة لأنه لما أوجب بالآية لمن لم يفرض لها دل على أنه لا يجب لمن فرض لها ولأنه حصل لها فى مقابلة الابتذال نصف المسمى فقام ذلك مقام المتعة وإن كان بعد الدخول ففيه قولان قال فى القديم لا تجب لها المتعة لأنها مطلقة من نكاح لم يخل من عوض فلم تجب لها المتعة كالمسمى لها قبل الدخول وقال فى الجديد تجب لقوله تعالى فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا وكان ذلك فى نساء دخل بهن ولأن ماحصل من المهر لها بدل عن الوطء وبقى الابتذال بغير بدل فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول وإن وقعت الفرقة بغير الطلاق نظرت فان كانت بالموت لم تجب لها المتعة لأن النكاح قد تم بالموت وبلغ منتهاه لم تجب لها متعة وإن كانت بسبب من جهة أجنبى كالرضاع فحكمه حكم الطلاق فى الأقسام الثلاثة لأنها بمنزلة الطلاق فى تنصيف المهر فكانت كالطلاق فى المتعة وإن كانت بسبب من جهة الزوج كالاسلام والردة واللعان فحكمه حكم الطلاق فى الأقسام الثلاثة لأنها فرقة حصلت من جهته فأشبهت الطلاق وإن كانت بسبب من جهة الزوجة كالاسلام والردة والرضاع والفسخ بالإعسار والعيب بالزوجين جميعا لم تجب لها المتعة لأن المتعة وجبت لها لما يلحقها من الابتذال بالعقد وقلة الرغبة فيها بالطلاق وقد حصل ذلك بسبب من جهتها فلم تجب وإن كانت بسبب منهما نظرت فان كانت بخلع أو جعل الطلاق إليها فطلقت كان حكمها حكم المطلقة فى الأقسام الثلاثة لأن المغلب فيها جهة الزوج لأنه يمكنه أن يخالعها مع غيرها ويجعل الطلاق إلى غيرها فجعل كالمنفرد به وإن كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج فقد قال فى موضع لا متعة لها وقال فى موضع لها المتعة فمن أصحابنا من قال هى على قولين أحدهما لا متعة لها لأن المغلب جهة السيد لأنه يمكنه أن يبيعها من غيره فكان حكمه فى سقوط المتعة حكم الزوج فى الخلع فى وجوب المتعة ولأنه يملك بيعها من غير الزوج فصار اختياره للزوج اختيارا للفرقة والثانى أن لها المتعة لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فى العقد فسقط حكمها كما لو وقعت الفرقة من جهة أجنبى وقال أبو إسحق إن كان مولاها طلب البيع لم تجب لأنه هو الذى اختار الفرقة وإن كان الزوج طلب وجبت لأنه هو الذى اختار الفرقة وحمل القولين على هذين الحالين :

(فصل) والمستحب أن تكون المتعة خادما أو مقنعة أو ثلاثين درهما لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال يستحب أن يمتعها بخادم فان لم يفعل فبثياب وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال يمتعها بثلاثين درهما وروى عنه قال يمتعها بجارية وفى الوجوب وجهان : أحدهما مايقع عليه اسم المال والثانى وهو المذهب أنه يقدرها الحاكم لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وهل يعتبر بالزوج أو بالزوجة فيه وجهان أحدهما يعتبر بحال الزوج للآية والثانى يعتبر بحالها لأنه بدل عن المهر فاعتبر بها .

(باب الوليمة والنثر)

الطعام الذى يدعى إليه الناس ستة الوليمة للعرس والخرس للولادة والإعذار للختان والوكيرة للبناء والنقيعة لقدوم المسافر

(ومن باب المتعة والوليمة)

المتعة هى الشىء الذى يتبلغ به ويستعان به على تزويج الحال فى الدنيا ذكره فى الصحاح بروع(١) ينشأ واشق أهل الحديث يروونه بكسر البناء والصواب الفتح لأنه ليس فى كلام العرب فعول إلا خروع وعتود (قوله وإن فرض لها المهر) أى أوجبه والفرض الواجب وأصله الحز والقطع (قوله الابتذال) الابتذال هو الامتهان والانتفاع مأخوذ من البذلة والمبذلة وهو ما يبتذل ويمتهن من الثياب يقال جاءنا فلان فى مباذله أى ثياب بذلة (قوله خادما أو مقنعة) الخادم واحد الخدام غلاما كان أو جارية وهو فاعل من الخدمة : والمقنعة مايغطى به الرأس. والفارس المقنع الذى غطى رأسه بالحديد (قوله وعلى المقتر قدره) المقتر الفقير وأصله التضييق فى النفقة (قوله الوليمة) مشتقة من ولم الزوجين وهو اجتماعهما. والولم الجمع ومنه سمى العقد الولم لأنه يجمع الرجلين

---

(١) (قوله بروع) هذه الكلمة موجودة بالأصل كهذا وليست لها مناسبة فى الشرح .

والمأدبة لغير سبب ويستحب ماسوى الوليمة لما فيها من إظهار نعم الله والشكر عليها واكتساب الأجر والمحبة ولا تجب لأن الإيجاب بالشرع ولم يرد الشرع بإيجابه. وأما وليمة العرس فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال هي واجبة وهو المنصوص لما روى أنس رضي الله عنه قال تزوج عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة ومنهم من قال هي مستحبة لأنه طعام لحادث سرور فلم تجب كسائر الولائم ويكره النثر لأن التقاطه دناءة وسخف ولأنه يأخذه قوم دون قوم ويأخذه من غيره أحب :

(فصل) ومن دعى إلى وليمة وجب عليه الإجابة لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا دعى أحدكم إلى وليمة فليأتها ومن أصحابنا من قال هي فرض على الكفاية لأن القصد إظهارها وذلك يحصل بحضور البعض وإن دعى مسلم إلى وليمة ذمى ففيه وجهان أحدهما تجب الاجابة للخبر والثاني لا تجب لأن الاجابة للتواصل واختلاف الدين يمنع التواصل وإن كانت الوليمة ثلاثه أيام أجاب في اليوم الأول والثاني وتكره الاجابة في اليوم الثالث لما روى أن سعيد بن المسيب رحمه الله دعى مرتين فأجاب ثم دعى الثالثة فحصب الرسول وعن الحسن رحمه الله أنه قال الدعوة أول يوم حسن والثاني حسن والثالث رياء وسمعة وإن دعاه اثنان ولا يمكنه الجمع بينهما أجاب أسبقهما لحق السبق فإن استويا في السبق أجاب أقربهما رحما فإن استويا في الرحم أجاب أقربهما دارا لأنه من أبواب البر فكان التقديم فيه على ما ذكرناه كصدقة التطوع فإن استويا في ذلك أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة :

(فصل) وإن دعى إلى موضع فيه دف أجاب لأن الدف يجوز في الوليمة لما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فصل بين الحلال والحرام الدف فإن دعى إلى موضع فيه منكر من زمر أو خمر فإن قدر على إزالته لزمه أن يحضر لوجوب الاجابة ولإزالة المنكر وإن لم يقدر على إزالته لم يحضر لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يجلس على مائدة تدار فيها الخمر وروى نافع قال كنت أسير مع عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق فلم يزل يقول يا نافع أتسمع حتى قلت لا فأخرج أصبعيه عن أذنيه ثم رجع إلى الطريق ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع وإن حضر في موضع فيه تماثيل فإن كانت كالشجر جلس وإن كانت على صورة حيوان فإن كانت على بساط يداس أو مخدة يتكأ عليها جلس وإن كانت على حائط أو ستر معلق لم يجلس لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتاني جبريل

ذكره في البيان : قال الزمخشري الوليمة من الولم وهو خيط يربط لأنها لعقد المواصلة : والوليمة تقع على كل طعام يتخذ عند حادث سرور إلا أن استعمالها في العرس أشهر. وأما الخرس فيقال بالسين والصاد وهو طعام الولادة. والخرسة ما تطعمه النفساء قال في الفائق وكأنه سمى خرسا لأنها تصنع عند وضعها وانقطاع صرة حملها وفي أمثالهم تخرسي يا نفس لا مخرسة لك أي اصنعي لك فإنه لا صانع لك ويقال التمر خرسة مريم عليها السلام لقوله تعالى «تساقط عليك رطبا جنيا» : والإعذار من عذر الغلام إذا ختنه قال أبو عبيد يقال أعذر الجارية والغلام يعذرهما عذرا إذا ختنهما . والنقيعة مأخوذة من النقع وهو النحر يقال نقع الجزور وإذا نحرها ونقع جيبه شقه قال المرار :

نقعن جيوبهن على حيا وأعددن المراثى والعويلا

وقال أبو زيد النقيعة طعام الإملاك . والإملاك التزويج. وفي الحديث في تزويج خديجة بالنبي عليه الصلاة والسلام قال أبو خديجة وقد ذبحوا بقرة عند ذلك ما هذه النقيعة وقد جمع الشاعر هذه الأطعمة المذكورة في الكتاب حيث قال :

كل الطعام تشتهى ربيعه الخرس والإعذار والنقيعة

والنثر ما ينثر على رأس العروس من دراهم أو غيرها : دناءة وسخف ذكرا (قوله فحصب الرسول) أي رماه بالحصى وهو صغار الحجارة : حصبته أحصبه بالكسر (قوله موضع فيه دف) الدف الذي يضرب يفتح ويضم : وأما الدف فالجنب بالفتح لا غير (قوله فسمع زمارة راع) الزمر معروف يقال زمر يزمر ويزمر بالضم والكسر وأصله من الزمارة بالكسر وهو صوت النعام . وقد زمر النعام يزمر بالكسر (قوله ثم عدل عن الطريق) أي مال عنها ولعله فعل ذلك لئلا يستضر المارة بوقوفه وإنما وقف لأنه يعسر عليه المشي والاجتياز مع قبض يديه والراكب أشد ضررا :

صلى الله عليه وسلم فقال أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب تماثيل وكان في البيت قرام ستر فيه تماثيل وكان في البيت كلب فمر برأس التماثيل التي كانت في باب البيت يقطع فتصير كهيئة الشجرة ومر بالستر فليقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن ومر بالكلب فليخرج ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ولأن ما كان كالشجرة فهو كالكتابة والنقوش وما كان على صورة الحيوان على حائط أو ستر فهو كالصنم وما يوطأ فليس كالصنم لأنه غير معظم :

(فصل) ومن حضر الطعام فإن كان مفطرا ففيه وجهان أحدهما يلزمه أن يأكل لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا دعي أحدكم إلى طعام فليجب فإن كان مفطرا فليأكل وإن كان صائما فليصل والثاني لا يجب لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دعي أحدكم إلى طعام فليجب فإن شاء طعم وإن شاء ترك وإن دعي وهو صائم لم تسقط عنه الإجابة للخبر ولأن القصد التكثير والتبرك بحضوره وذلك يحصل مع الصوم فإن كان الصوم فرضا لم يفطر لقول النبي صلى الله عليه وسلم وإن كان صائما فليصل وإن كان تطوعا فالمستحب أن يفطر لأنه يدخل السرور على من دعاه وإن لم يفطر جاز لأنه قربة فلم يلزمه تركها والمستحب لمن فرغ من الطعام أن يدعو لصاحب الطعام . لما روى عبد الله بن الزبير رضي الله عنه قال أفطر رسول الله صلى الله عليه وسلم عند سعد بن معاذ رضي الله عنه فقال « أفطر عندكم الصائمون وصلت عليكم الملائكة وأكل طعامكم الأبرار » :

(باب عشرة النساء والقسم)

إذا تزوج امرأة فإن كانت ممن يجامع مثلها وجب تسليمها بالعقد إذا طلب ويجب عليه تسليمها إذا عرضت عليه فإن طالب بها الزوج فسألت الإنظار أنظرت ثلاثة أيام لأنه قريب ولا تنظر أكثر منه لأنه كثير وإن كانت لا يجامع مثلها لصغر أو مرض يرجى زواله لم يجب التسليم إذا طلب الزوج ولا التسلم إذا عرضت عليه لأنها لا تصلح للاستمتاع وإن كانت لا يجامع مثلها لمعنى لا يرجى زواله بأن كانت نضوة الخلق أو بها مرض لا يرجى زواله وجب التسليم إذا طلب والتسلم إذا عرضت عليه لأن المقصود من مثلها الاستمتاع بها في غير الجماع :

(فصل) وإن كانت الزوجة حرة وجب تسليمها ليلا ونهارا لأنه لا حق لغيرها عليها وللزوج أن يسافر بها لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنسائه ولا يجوز لها أن تسافر بغير إذن الزوج لأن الاستمتاع مستحق له فلا يجوز تفويته عليه وإن كانت أمة وجب تسليمها بالليل دون النهار لأنها مملوكة عقد على إحدى منفعتيها فلم يجب التسليم في وقتها كما لو أجرها لخدمة النهار وقال أبو إسحق إن كان بيدها صنعة كالغزل والنسج وجب تسليمها بالليل والنهار لأنه يمكنها العمل في بيت الزوج والمذهب الأول لأنه قد يحتاج إليها في خدمة غير الصنعة ويجوز للمولى بيعها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة رضي الله عنها في شراء بريرة وكان لها زوج ويجوز له أن يسافر بها لأنه يملك بيعها فملك السفر بها كغير المزوجة :

(فصل) ويجوز للزوج أن يجبر امرأته على الغسل من الحيض والنفاس لأن الوطء يقف عليه وفي غسل الجنابة قولان أحدهما له أن يجبرها عليه لأن كمال الاستمتاع يقف عليه لأن النفس تعاف من وطء الجنب والثاني ليس له أن يجبرها لأن الوطء لا يقف عليه وفي التنظيف والاستحداد وجهان أحدهما يملك إجبارها عليه لأن كمال الاستمتاع يقف عليه والثاني لا يملك

(قوله قرام) هو ستر فيه رقم قال لبيد:

من كل محفوف يظل عصيه زوج عليه كلة وقرامها

(قوله تماثيل) جمع تمثال وهو تفعال من المماثلة وهي المشابهة كالصور المشبهة بالحيوان وغيرها (قوله منبوذتان) أي مرميتان والنبذ الرمي ، أي غير معظمتين (قوله وإن كان صائما فليصل) أي فليدع . والصلاة ههنا الدعاء لأرباب الطعام بالمغفرة والبركة (قوله وصلت عليكم الملائكة) أي استغفرت لكم والصلاة من الله الرحمة ومن الملائكة الاستغفار. ومن الناس الدعاء

(ومن باب عشرة النساء والقسم)

القسم ههنا بفتح القاف أراد المصدر ولم يرد الاسم الذي هو بالكسر (قوله نضو الخلق) النضو المهزول من الإبل. وناقة نضوة أي مهزولة لأن النفس تعاف من وطء الجنب وقد ذكر (قوله الاستحداد) هو حلق العانة استفعال من الحديد

إجبارها عليه لأن الوطء لايقف عليه وهل له أن يمنعها من أكل مايتأذى برائحته فيه وجهان أحدهما له منعها لأنه يمنع كمال الاستمتاع والثانى ليس له منعها لأنه لايمنع الوطء فإن كانت ذمية فله منعها من السكر لأنه يمنع الاستمتاع لأنها تصير كالزق المنفوخ ولأنه لايأمن أن تجنى عليه وهل له أن يمنعها من أكل لحم الخنزير وشرب القليل من الخمر فيه ثلاثة أوجه أحدها يجوز له منعها لأنه يمنع كمال الاستمتاع والثانى ليس له منعها لأنه لايمنع الوطء والثالث وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه ليس له منعها من لحم الخنزير لأنه لايمنع الوطء وله منعها من قليل الخمر لأن السكر يمنع الاستمتاع ولا يمكن التمييز بين مايسكر وبين مالايسكر مع اختلاف الطباع فمنع من الجميع :

(فصل) وللزوج منع الزوجة من الخروج إلى المساجد وغيرها . لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال رأيت امرأة أتت إلى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت يارسول الله ماحق الزوج على زوجته قال حقه عليها أن لاتخرج من بيتها إلا بإذنه فإن فعلت لعنها الله وملائكة الرحمة وملائكة الغضب حتى تتوب أو ترجع قالت يارسول الله وإن كان لها ظالما قال وإن كان لها ظالما ولأن حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب ويكره منعها من عيادة أبيها إذا أثقل وحضور مواراته إذا مات لأن منعها من ذلك يؤدى إلى النفور ويغريها بالعقوق :

(فصل) ويجب على الزوج معاشرتها بالمعروف من كف الأذى لقوله تعالى «وعاشروهن بالمعروف» ويجب عليه بذل ما يجب من حقها من غير مطل لقوله عز وجل وعاشروهن بالمعروف ومن العشرة بالمعروف بذل الحق من غير مطل ولقوله صلى الله عليه وسلم مطل الغنى ظلم ولا يجب عليه الاستمتاع لأنه حق له فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة ولأن الداعى إلى الاستمتاع الشهوة فلا يمكن إيجابه والمستحب أن لا يعطلها . لما روى عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه قال قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم أتصوم النهار قلت نعم وقال تقوم الليل قلت نعم قال لكنى أصوم وأفطر وأصلى وأنام وأمس النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى ولأنه إذا عطلها لم يأمن الفساد ووقوع الشقاق ولا يجمع بين امرأتين فى مسكن إلا برضاهما لأن ذلك ليس من العشرة بالمعروف ولأنه يؤدى إلى الخصومة ولا يطأ إحداهما بحضرة الأخرى لأنه دناءة وسوء عشرة ولا يستمتع بها إلا بالمعروف فإن كانت نضو الخلق ولم تحتمل الوطء لم يجز وطؤها لما فيه من الإضرار :

(فصل) ولا يجوز وطؤها فى الدبر ، لما روى خزيمة بن ثابت رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من أتى امرأة فى دبرها ويجوز الاستمتاع بها فيما بين الأليتين لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أوما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ويجوز وطؤها فى الفرج مدبرة لما روى جابر رضى الله عنه قال قالت اليهود إذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها أحول فأنزل الله تعالى «نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم» قال يقول يأتيها من حيث شاء مقبلة أو مدبرة إذا كان ذلك فى الفرج :

(فصل) ويكره العزل ، لما روت جذامة بنت وهب قالت حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألوه عن العزل فقال ذلك الوأد الخفى وإذا الموءودة سئلت فإن كان ذلك فى وطء أمته لم يحرم لأن الاستمتاع بها حق له لاحق لها فيه وإن كان فى وطء زوجته فإن كانت مملوكة لم يحرم لأنه يلحقه العار باسترقاق ولده منها وإن كانت حرة فإن كان بإذنها جاز لأن الحق لها وإن لم تأذن ففيه وجهان أحدهما لايحرم لأن حقها فى الاستمتاع دون الانزال : والثانى يحرم لأنه يقطع النسل من غير ضرر يلحقه :

(فصل) وتجب على المرأة معاشرة الزوج بالمعروف من كف الأذى كما يجب عليه فى معاشرتها ويجب عليها بذل ما يجب له من

(قوله ويغريها بالعقوق) أغراه بالشىء إذا ألزمه إياه . وأصله من الالصاق بالغراء . والمعاشرة هى المخالطة والمصاحبة والعشير المخالط (قوله وعاشروهن بالمعروف) وهو ما يوجبه الشرع ويقتضيه الدين ويتعارفه الناس (قوله من غير مطل) هو تأخير الحق والمغالطة به : وأصله المد من مطل الحديدة إذا مدها (قوله فليس منى) أى ليس ممن يتخلق بخلقى ويعمل بعملى (قوله الوأد الخفى) هو القتل : والموءوذة المدفونة حية : وكان ذلك فعل أهل الجاهلية ، والذى يعزل يكره الولد فشبه به :

غير مطل لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا دعا أحدكم امرأته إلى فراشه فأبت فبات وهو عليها ساخط لعنتها الملائكة حتى تصبح».

(فصل) ولا يجب عليها خدمته فى الخبز والطحن والطبخ والغسل وغيرها من الخدم لأن المعقود عليه من جهتها هو الاستمتاع فلا يلزمها ماسواه .

(فصل) وإن كان له امرأتان أو أكثر فله أن يقسم لهن لأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم لنسائه ولا يجب عليه ذلك لأن القسم لحقه فجاز له تركه وإذا أراد أن يقسم لم يجز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا البواقى إلا بقرعة لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له امرأتان يميل إلى إحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة وأحد شقيه ساقط ولأن البداءة بإحداهما من غير قرعة تدعو إلى النفور وإذا قسم لواحدة بالقرعة أو بغير القرعة لزمه القضاء للبواقى لأنه إذا لم يقض مال فدخل فى الوعيد .

(فصل) ويقسم المريض والمجبوب لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقسم فى مرضه ولأن القسم يراد للأنس وذلك يحصل مع المرض والجب وإن كان مجبوبا لا يخاف منه طاف به الولى على نسائه لأنه يحصل لها به الأنس ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمحرمة والمظاهر منها والمولى منها لأن القصد من القسم الإيواء والأنس وذلك يحصل مع هؤلاء وإن كانت مجنونة لا يخاف منها قسم لها لأنه يحصل لها الأنس وإن كان يخاف منها لم يقسم لها لأنها لا تصلح للأنس .

(فصل) وإن سافرت المرأة بغير إذن الزوج سقط حقها من القسم والنفقة لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد منعت ذلك بالسفر وإن سافرت بإذنه ففيه قولان أحدهما لا يسقط لأنها سافرت بإذنه فأشبه إذا سافرت معه والثانى لا يسقط لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد عدم الجميع فسقط ما تعلق به كالثمن لما وجب فى مقابلة المبيع سقط بعدمه .

(فصل) وإن اجتمع عنده حرة وأمة قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال من نكح حرة على أمة فللحرة ليلتان وللأمة ليلة والحق فى قسم الأمة لها دون المولى لأنه يراد لحظها فلم يكن للمولى فيه حق فان قسم للحرة ليلتين ثم أعتقت الأمة فان كان بعد ما أوفاها حقها استأنف القسم لها لأنهما تساويا بعد انقضاء القسم وإن كان قبل أن يوفيها حقها أقام عندها ليلتين لأنه لم يوفها حقها حتى صارت مساوية للحرة فوجب التسوية بينهما وإن قسم للأمة ليلة ثم أعتقت فان كان بعد ما أوفى الحرة حقها سوى بينهما وإن كان قبل أن يوفى الحرة حقها لم يزد على ليلة لأنهما تساويا فوجب التسوية بينهما .

(فصل) وعماد القسم الليل لقوله عز وجل «وجعلنا الليل لباساً» قيل فى التفسير الإيواء إلى المساكن ولأن النهار للمعيشة والليل للسكون ولهذا قال الله تعالى «ألم يروا أنا جعلنا الليل ليسكنوا فيه» فان كانت معيشته بالليل فعماد قسمه النهار لأن نهاره كليل غيره والأولى أن يقسم ليلة ليلة اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن ذلك أقرب إلى التسوية فى إيفاء الحقوق فان قسم ليلتين أو ثلاثا جاز لأنه فى حد القليل وإن زاد على الثلاث لم يجز من غير رضاهن لأن فيه تغرير بحقهن فان فعل ذلك لزمه القضاء للبواقى لأنه إذا قضى ما قسم بحق فلأن يقضى ما قسم بغير حق أولى وإذا قسم لها ليلة كان لها الليلة وما يليها من النهار لما روت عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لكل امرأة يومها وليلتها غير أن سودة وهبت ليلتها لعائشة تبتغى بذلك رضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى عن عائشة رضى الله عنها قالت توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيتى وفى يومى وبين سحرى ونحرى وجمع الله بين ريقى وريقه .

(فصل) والأولى أن يطوف إلى نسائه فى منازلهن اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن ذلك أحسن فى العشرة وأصون لهن وله أن يقيم فى موضع ويستدعى واحدة واحدة لأن المرأة تابعة للزوج فى المكان ولهذا يجوز له أن ينقلها إلى حيث شاء وإن كان محبوسا فى موضع فان أمكن حضورها فيه لم يسقط حقها من القسم لأنه يصلح للقسم فصار كالمنزل وإن لم يمكن حضورها

(قوله وجعلنا الليل لباساً) أى يغطى ويستر كما يغطى اللباس ويستر (قوله بين سحرى ونحرى) السحر الرئة ، وأرادت أنه

فيه سقط القسم لأنه تعذر الاجتماع لعذر وإن كانت له امرأتان فى بلدين فأقام فى بلد إحداهما فان لم يقم معها فى منزل لم يلزمه القضاء بالمقام فى بلد الأخرى لأن المقام فى البلد معها ليس بقسم وإن أقام معها فى منزلها لزمه القضاء للأخرى لأن القسم لا يسقط باختلاف البلاد كما لا يسقط باختلاف المحال .

(فصل) ويستحب لمن قسم أن يسوى بينهن فى الاستمتاع لأنه أكمل فى العدل فان لم يفعل جاز لأن الداعى إلى الاستمتاع الشهوة والمحبة ولا يمكن التسوية بينهن فى ذلك ولهذا قال الله عز وجل «ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم» قال ابن عباس رضى الله عنه عنى فى الحب والجماع وقالت عائشة رضى الله عنها كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بين نسائه ويعدل ثم يقول اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملكه ولا أملكه .

(فصل) ولا يجوز أن يخرج فى ليلتها من عندها فان مرض غيرها من النساء وخاف أن يموت أو أكرهه السلطان جاز أن يخرج لأنه موضع ضرورة وعليه القضاء كما يترك الصلاة إذا أكره على تركها وعليه القضاء والأولى أن يقضيها فى الوقت الذى خرج لأنه أعدل وإن خرج فى آخر الليل وقضاه فى أوله جاز لأن الجميع مقصود فى القسم فان دخل على غيرها بالليل فوطئها ثم عاد ففيه ثلاثة أوجه أحدها يلزمه القضاء بليلة لأن الجماع معظم المقصود والثانى يدخل عليها فى ليلة الموطوءة فيطؤها لأنه أقرب إلى التسوية والثالث أنه لا يقضيها بشىء لأن الوطء غير مستحق فى القسم وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط ويجوز أن يخرج فى نهارها للمعيشة ويدخل إلى غيرها ليأخذ شيئا أو يترك شيئا ولا يطيل فان أطال لزمه القضاء لأنه ترك الايواء المقصود وإن دخل إلى غيرها لحاجة فقبلها جاز لما روت عائشة رضى الله عنها قالت ما كان يوم أو أقل يوم إلا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف علينا جميعا ويقبل ويلمس فإذا جاء إلى التى هو يومها أقام عندها ولا يجوز أن يطأها لأنه معظم المقصود فلا يجوز فى قسم غيرها فان وطئها وانصرف ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه أن يخرج فى نهار الموطوءة ويطأها لأنه هو العدل والثانى لا يلزمه شىء لأن الوطء غير مستحق وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط وإن كان عنده امرأتان فقسم لاحداهما مدة ثم طلق الأخرى قبل أن يقضيها ثم تزوجها لزمه قضاء حقها لأنه تأخر القضاء لعذر وقد زال فوجب كما لو كان عليه دين فأعسر ثم أيسر .

(فصل) وإن تزوج امرأة وعنده امرأتان أو ثلاث قطع الدور للجديدة فان كانت بكراً أقام عندها سبعا لما روى أبو قلابة عن أنس رضى الله عنه أنه قال من السنة أن يقيم عند البكر مع الثيب سبعا قال أنس ولو شئت أن أرفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لرفعت وإن كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا أو سبعا لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة رضى الله عنها وقال إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وإن شئت ثلثت عندك ودرت فان أقام عند البكر سبعا لم يقض للباقيات شيئا وإن أقام عند الثيب ثلاثا لم يقض فان أقام سبعا ففيه وجهان أحدهما يقضى السبع لقوله صلى الله عليه وسلم إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن والثانى يقضى ما زاد على الثلاث لأن الثلاث مستحقة لها فلا يلزمه قضاؤها وإن تزوج العبد أمة وعنده امرأة قضى للجديدة حق العقد وفى قدره وجهان قال أبو على بن أبى هريرة هى على النصف كما قلنا فى القسم الدائم وقال أبو إسحاق هى كالحرة لأن قسم العقد حق للزوج فلم يختلف برقها وحريتها بخلاف القسم الدائم فإنه حق لها فاختلف برقها وحريتها وإن تزوج رجل امرأتين وزفتا إليه فى وقت واحد أقرع بينهما لتقديم حق العقد كما يقرع للتقديم فى القسم الدائم .

(فصل) وإن أراد السفر بامرأة أو امرأتين أو ثلاث أقرع بينهن فمن خرجت عليها القرعة سافر بها لما روت عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة على عائشة رضى الله عنها وحفصة رضى الله عنها فخرجتا معه جميعا ولا يجوز أن يسافر بواحدة من غير قرعة لأن ذلك ميل وترك للعدل وإن سافر بامرأتين بالقرعة سوى بينهما فى القسم كما يسوى بينهما فى الحضر فان كان فى سفر طويل لم يلزمه القضاء للمقيمات لأن عائشة رضى الله عنها لم تذكر القضاء ولأن المسافرة اختصت بمشقة السفر فاختصت بالقسم وإن كان فى سفر قصير ففيه وجهان أحدهما لا يلزمه القضاء كما لا يلزمه فى السفر الطويل والثانى يلزمه لأنه فى حكم الحضر وإن سافر ببعضهن بغير قرعة لزمه القضاء للمقيمات لأنه قسم بغير قرعة فلزمه القضاء كما لو قسم لها فى الحضر وإن سافر بامرأة بقرعة إلى بلد ثم عن له سفر أبعد منه لم يلزمه القضاء لأنه سفر واحد

مات وهو متكئ عليها صلى الله عليه وسلم (قوله زفتا إليه) الزفاف سير العروس إلى زوجها وزففت العروس أزف بالضم

وقد أقرع له وإن سافر بامرأة بالقرعة وانقضى سفره ثم أقام معها مدة لزمه أن يقضى المدة التى أقام معها بعد انقضاء السفر لأن القرعة إنما تسقط القضاء فى قسم السفر وإن كان عنده امرأتان ثم تزوج بامرأتين وزفتا إليه فى وقت واحد لزمه أن يقسم لهما حق العقد ولا يقدم إحداهما من غير قرعة فإن أراد السفر قبل أن يقسم لهما أقرع بين الجميع فإن خرجت القرعة لاحدى القديمتين سافر بها فإذا قدم قضى حق العقد للجديدتين وإن خرجت القرعة لإحدى الجديدتين سافر بها ويدخل حق العقد فى قسم السفر لأن القصد من قسم العقد الألفة والاستمتاع وقد حصل ذلك وهل يلزمه أن يقضى للجديدة الأخرى حق العقد فيه وجهان أحدهما لايلزمه كما لايلزمه فى القسم الدائم والثانى يلزمه وهو قول أبى إسحاق لأنه سافر بها بعد مااستحقت الأخرى حق العقد فلزمه القضاء كما لو كان عنده أربع نسوة فقسم للثلاث ثم سافر بغير الرابعة بالقرعة قبل قضاء حق الرابعة :

(فصل) ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها لما روت عائشة رضى الله عنها أن سودة وهبت يومها وليلتها لعائشة رضى الله عنها تبتغى بذلك مرضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يجوز ذلك إلا برضا الزوج لأن حقه ثابت فى استمتاعها فلا تملك نقله إلى غيرها من غير رضاه ويجوز من غير رضا الموهوب لها لأنه زيادة فى حقها ومتى تقسم لها الليلة الموهوبة وجهان أحدهما تضم إلى ليلتها لأنه اجتمع لها ليلتان فلم يفرق بينهما والثانى تقسم لها فى الليلة التى كانت للواهبة لأنها قائمة مقامها فقسم لها فى ليلتها ويجوز أن تهب ليلتها للزوج لأن الحق بينهما فإذا تركت حقها صار للزوج ثم يجعلها الزوج لمن شاء من نسائه ويجوز أن تهب ليلتها لجميع ضرائرها فإن كن ثلاثا صار القسم أثلاثا بين الثلاث وإن وهبت ليلتها ثم رجعت لم يصح الرجوع فيما مضى لأنه هبة اتصل بها القبض ويصح فى المستقبل لأنها هبة لم يتصل بها القبض :

(فصل) وإن كان له إماء لم يكن لهن حق فى القسم فإن بات عند بعضهن لم يلزمه أن يقضى للباقيات لأنه لاحق لهن فى استمتاع السيد ولهذا لايجوز لهن مطالبته بالفيئة إذا حلف أن لا يطأهن ولا خيار لهن بجبه وتعنينه والمستحب أن لايعطلهن لأنه إذا عطلهن لم يأمن أن يفجرن وإن كان عنده زوجات وإماء فأقام عند الاماء لم يلزمه القضاء للزوجات لأن القضاء يجب بقسم مستحق وقسم الاماء غير مستحق فلم يجب قضاؤه كما لو بات عند صديق له :

(باب النشوز)

إذا ظهرت من المرأة أمارات النشوز وعظها لقوله تعالى واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ولا يضربها لأنه يجوز أن يكون ماظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج وإن تكرر منها النشوز فله أن يضربها لقوله عز وجل واضربوهن وإن نشزت مرة ففيه قولان أحدهما أنه يهجرها ولا يضربها لأن العقوبات تختلف باختلاف الجرائم ولهذا مايستحق بالنشوز لايستحق بخوف النشوز فكذلك مايستحق بتكرر النشوز لايستحق بنشوز مرة والثانى وهو الصحيح أنه يهجرها ويضربها لأنه يجوز أن يهجرها للنشوز فجاز أن يضربها كما لو تكرر منها فأما الوعظ فهو أن يخوفها بالله عز وجل وبما يلحقها من الضرر بسقوط نفقتها وأما الهجران فهو أن يهجرها فى الفراش لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال فى قوله عز وجل «واهجروهن فى المضاجع» قال لاتضاجعها فى فراشك وأما الهجران بالكلام فلايجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة

زفا وزفافا وأزففتها وازدففتها (قوله لبعض ضرائرها) هو جمع ضرة وسميت بذلك لمخالفتها صاحبتها. والمضارة الاختلاف ومنه الحديث «لاتضارون فى رؤيته» أى لاتخالفون وقيل لأن صاحبتها تستضر بها وتؤذيها :

(ومن باب النشوز)

أصل النشوز الارتفاع والنشز المكان المرتفع . وقوله تعالى « واللاتى تخافون نشوزهن » أى عصيانهن وتعاليهن عما أوجب الله فكأنها ترتفع عن طاعة الزوج ولا تتواضع له (قوله تختلف باختلاف الجرائم) الجرم الذنب وجمعه أجرام والجريمة مثله يقال جرم وأجرم واجترم بمعنى . والجرائر الجنايات واحدها جريرة يقال جر عليه جريرة أى جناية :

رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم «قال لايحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام» وأما الضرب فهو أن يضربها ضربا غير مبرح ويتجنب المواضع المخوفة والمواضع المستحسنة لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اتقوا الله فى النساء فإنكم أخذتموهن بكتاب الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وإن لكم عليهن أن لايوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولأن القصد التأديب دون الاتلاف والتشويه .

(فصل) وإن ظهرت من الرجل أمارات النشوز لمرض بها أو كبر سن ورأت أن تصالحه بترك بعض حقوقها من قسم وغيره جاز لقوله عزوجل وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا قالت عائشة رضى الله عنها أنزل الله عزوجل هذه الآية فى المرأة إذا دخلت فى السن فتجعل يومها لامرأة أخرى فإن ادعى كل واحد منهما النشوز على الآخر أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة ليعرف الظالم منهما فيمنع من الظلم فإن بلغا إلى الشتم والضرب بعث الحاكم حكمين للاصلاح أو التفريق لقوله عزوجل وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما واختلف قوله فى الحكمين فقال فى أحد القولين هما وكيلان فلا يملكان التفريق إلا باذنهما لأن الطلاق إلى الزوج وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا باذنهما وقال فى القول الآخر هما حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق بعوض وغير عوض لقوله عزوجل فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين وروى عبيدة أن عليا رضى الله عنه بعث رجلين فقال لهما أتدريان ما عليكما عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما فقال الرجل أما هذا فلا فقال كذبت لا والله ولا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عزوجل لك وعليك فقالت المرأة رضيت بكتاب الله لى وعلى ولأنه وقع الشقاق واشتبه الظالم منهما فجاز التفريق بينهما من غير رضاهما كما لو قذفها وتلاعنا والمستحب أن يكون حكما من أهله وحكما من أهلها للآية ولأنه روى أنه وقع بين عقيل بن أبى طالب وبين زوجته شقاق وكانت من بنى أمية فبعث عثمان رضى الله عنه حكما من أهله وهو ابن عباس رضى الله عنه وحكما من أهلها وهو معاوية رضى الله عنه ولأن الحكمين من أهلهما أعرف بالحال وإن كان من غير أهلهما جاز لأنهما فى أحد القولين وكيلان وفى الآخر حاكمان وفى الجميع يجوز أن يكونا من غير أهلهما ويجب أن يكونا ذكرين عدلين لأنهما فى أحد القولين حاكمان وفى الآخر وكيلان إلا أنه يحتاج فيه إلى الرأى والنظر فى الجمع والتفريق ولا يكمل لذلك إلا ذكران عدلان فإن قلنا إنهما حاكمان لم يجز أن يكونا إلا فقيهين وإن قلنا إنهما وكيلان جاز أن يكونا من العامة وإن غاب الزوجان فإن قلنا إنهما وكيلان نفذ تصرفهما كما ينفذ تصرف الوكيل مع غيبة الموكل وإن قلنا إنهما حاكمان لم ينفذ حكمهما لأن الحكم للغائب لايجوز وإن جنا لم ينفذ حكم الحكمين لأنهما فى أحد القولين وكيلان والوكالة تبطل بجنون الموكل وفى القول الآخر حاكمان إلا أنهما يحكمان للشقاق وبالجنون زال الشقاق .

﴿ كتاب الخلع ﴾

إذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر أو سوء عشرة وخافت أن لا تؤدى حقه جاز أن تخالعه على عوض لقوله عزوجل فإن

(قوله ضربا غير مبرح) أى غير شاق ولا مؤذ يقال برح به الشوق أى اشتد به وجهده . والبرحاء شدة الشوق قال أصحابنا الفقهاء هو ضرب غير مدمن ولا مدم والمدمن الدائم والمدمى الذى يخرج منه الدم (قوله دون الاتلاف والتشويه) هو القبح ومنه الحديث شاهت الوجوه أى قبحت يقال شاهت تشوه شوها . وشوهه الله فهو مشوه وفرس شوهاء صفة محمودة فيها ويقال يراد سعة أشداقها (قوله وإن خفتم شقاق بينهما) أراد بالشقاق العداوة والخلاف ومنه قوله تعالى فى عزة وشقاق أى عداوة وخلاف . والشقاق بين الزوجين مخالفة كل واحد منهما صاحبه مأخوذ من الشق وهو الناحية فكأن كل واحد منهما قد صار فى ناحية وشق غير شق صاحبه . والحكم ههنا هو القائم بما يسند إليه عن المروى .

(ومن كتاب الخلع)

أصل الخلع من خلع القميص عن البدن وهو نزعه عنه وإزالته لأنه يزيل النكاح بعد لزومه وكذا المرأة لباس للرجل وهو لباس لها . قال الله تعالى «هن لباس لكم وأنتم لباس لهن» فاذا تخالعا فقد نزع كل واحد منهما لباسه .

خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت وروى أن جميلة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن الشماس وكان يضربها فأتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت لا أنا ولا ثابت وما أعطانى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذ منها فأخذ منها فقعدت فى بيتها وإن لم تكره منه شيئا وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز لقوله عز وجل «فإن طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا» ولأنه رفع عقد بالتراضى جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالاقالة فى البيع وإن ضربها أو منعها حقها طمعا فى أن تخالعه على شىء من مالها لم يجز لقوله عز وجل «ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة» فإن طلقها فى هذه الحال على عوض لم يستحق العوض لأنه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض كالبيع فإن كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لأن الرجعة إنما تسقط بالعوض وقد سقط العوض فتثبت الرجعة فيه فإن زنت فمنعها حقها لتخالعه على شىء من مالها ففيه قولان أحدهما يجوز ويستحق فيه العوض لقوله عز وجل «إلا أن يأتين بفاحشة مبينة» فدل على أنها إذا أتت بفاحشة جاز عضلها ليأخذ شيئا من مالها والثانى أنه لا يجوز ولا يستحق فيه العوض لأنه خلع أكرهت عليه بمنع الحق فأشبه إذا منعها حقها لتخالعه من غير زنا فأما الآية فقد قيل إنها منسوخة بآية الإمساك فى البيوت وهى قوله تعالى فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم ولأنه روى عن قتادة أنه فسر الفاحشة بالنشوز فعلى هذا إذا كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه :

(فصل) ولا يجوز للأب أن يطلق امرأة الابن الصغير بعوض وغير عوض لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال إنما الطلاق بيد الذى يحل له الفرج ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل فى الولاية ولا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة من الزوج بشىء من مالها لأنه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع فإن خالعها بشىء من مالها لم يستحق ذلك وإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه ومن أصحابنا من قال إذا قلنا إن الذى بيده عقدة النكاح هو الولى فله أن يخالعها بالابراء من نصف مهرها وهذا خطأ لأنه إنما يملك الإبراء على هذا القول بعد الطلاق وهذا الابراء قبل الطلاق :

(فصل) ولا يجوز للسفيهة أن تخالع بشىء من مالها لأنها ليست من أهل التصرف فى مالها فإن طلقها على شىء من مالها لم يستحق ذلك كما لا يستحق ثمن ما باع منها فإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه ويجوز للأمة أن تخالع زوجها على عوض فى ذمتها ويجب دفع العوض من حيث يجب دفع المهر فى نكاح العبد لأن العوض فى الخلع كالمهر فى النكاح فوجب من حيث يجب المهر :

(فصل) ويصح الخلع مع غير الزوجة وهو أن يقول رجل طلق امرأتك بألف على وقال أبو ثور لا يصح لأن بذل العوض فى مقابلة ما يحصل لغيره سفه وذلك لا يجوز أن يقول لغيره بع عبدك من فلان بألف على وهذا خطأ لأنه قد يكون له غرض وهو أن يعلم أنهما على نكاح فاسد أو تخاصم دائم فيبذل العوض ليخلصهما طلبا للثواب كما يبذل العوض لاستنقاذ أسير أو حر فى يد من يسترقه بغير حق ويخالف البيع فإنه تمليك يفتقر إلى رضا المشترى فلم يصح بالأجنبى والطلاق إسقاط حق لا يفتقر إلى رضا المرأة فصح بالمالك والأجنبى كالعتق بمال فإن قال طلق امرأتك على مهرها وأنا ضامن فطلقها بانت ورجع الزوج على الضامن بمهر المثل فى قوله الجديد وببدل مهرها فى قوله القديم لأنه أزال الملك عن البضع بمال ولم يسلم له وتعذر الرجوع إلى البضع فكان فيما يرجع إليه قولان كما قلنا فيمن أصدق امرأته مالا فتلف قبل القبض :

(فصل) ويجوز الخلع فى الحيض لأن المنع من الطلاق فى الحيض للضرر الذى يلحقها بتطويل العدة والخلع جعل للضرر الذى يلحقها بسوء العشرة والتقصير فى حق الزوج والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما ويجوز الخلع من غير حاكم لأنه قطع عقد بالتراضى جعل لدفع الضرر فلم يفتقر إلى الحاكم كالإقالة فى البيع

(قوله فكلوه هنيئا مريئا) أى أكلا هنيئا بطيب الأنفس ونشاط القلب. يقال هنأنى الطعام ويهنؤنى فإذا لم تذكر هنأنى قلت أمرأنى بالهمز أى انهضم. وقد هنأت الطعام أهنؤه هنأ. وقيل هنيئا لا إثم فيه ومريئا لا داء فيه، وقيل المرىء الذى تصلح عليه الأجسام وتنمى (قوله ولا تعضلوهن) أى تضيقوا عليهن يقال عضله إذا ضيق عليه وعضل المرأة إذا منعها التزويج .

(فصل) ويصح الخلع بلفظ الخلع والطلاق فإن خالعها بصريح الطلاق أو بالكناية مع النية فهو طلاق لأنه لا يحتمل غير الطلاق فإن خالعها بصريح الخلع نظرت لأنه لم ينو به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يقع به فرقة وهو قوله في الأم لأنه كناية في الطلاق من غير نية فلم يقع بها فرقة كما لو عريت عن العوض والثاني أنه فسخ وهو قوله في القديم لأنه جعل للفرقة فلا يجوز أن يكون طلاقا لأن الطلاق لا يقع إلا بصريح أو كناية مع النية والخلع ليس بصريح في الطلاق ولا معه نية الطلاق فوجب أن يكون فسخا والثالث أنه طلاق وهو قوله في الإملاء وهو اختيار المزني لأنها إنما بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا فإن قلنا إنه فسخ صح بصريحه وصريحه الخلع والمفاداة لأن المفاداة ورد بها القرآن والخلع ثبت له العرف فإذا خالعها بأحد هذين اللفظين انفسخ النكاح من غير نية وهل يصح الفسخ بالكناية كالمباراة والتحريم وسائر كنايات الطلاق فيه وجهان أحدهما لا يصح لأن الفسخ لا يصح تعليقه على الصفات فلم يصح بالكناية كالنكاح والثاني يصح لأنه أحد نوعي الفرقة فانقسم لفظها إلى الصريح والكناية كالطلاق فعلى هذا إذا خالعها بشيء من الكنايات لم ينفسخ النكاح حتى ينويا واختلف أصحابنا في لفظ الفسخ فمنهم من قال هو كناية لأنه لم يثبت له عرف في فرقة النكاح ومنهم من قال هو صريح لأنه أبلغ في معنى الفسخ من لفظ الخلع وإن خالع بصريح الخلع ونوى به الطلاق فإن قلنا بقوله في الإملاء فهو طلاق لأنه إذا كان طلاقا من غير نية الطلاق فمع النية أولى وإن قلنا بقوله في الأم فهو طلاق لأنه كناية في الطلاق اقترنت به نية الطلاق وإن قلنا بقوله في القديم ففيه وجهان أحدهما أنه طلاق لأنه يحتمل الطلاق وقد اقترنت به نية الطلاق والثاني أنه فسخ لأنه على هذا القول صريح في فسخ النكاح فلا يجوز أن يكون كناية في حكم آخر من النكاح كالطلاق لما كان صريحا في فرقة النكاح لم يجز أن يكون كناية في الظهار ؛

(فصل) ويصح الخلع منجزا بلفظ المعاوضة لما فيه من المعاوضة ويصح معلقا على شرط لما فيه من الطلاق فأما المنجز بلفظ المعاوضة فهو أن يوقع الفرقة بعوض وذلك مثل أن يقول طلقتك أو أنت طالق بألف وتقول المرأة قبلت كما تقول في البيع بعتك هذا بألف ويقول المشتري قبلت أو تقول المرأة طلقني بألف فيقول الزوج طلقتك كما يقول المشتري بعني هذا بألف ويقول البائع بعتك ولا يحتاج أن يعيد في الجواب ذكر الألف لأن الإطلاق يرجع إليه كما يرجع في البيع ولا يصلح الجواب في هذا إلا على الفور كما نقول في البيع ويجوز للزوج أن يرجع في الايجاب قبل القبول وللمرأة أن ترجع في الاستدعاء قبل الطلاق كما يجوز في البيع وأما غير المنجز فهو أن يعلق الطلاق على ضمان مال أو دفع مال فإن كان بحرف إن بأن قال إن ضمنت لي ألفا فأنت طالق لم يصح الضمان إلا على الفور لأنه لفظ شرط يحتمل الفور والتراخي إلا أنه لما ذكر العوض صار تمليكا بعوض فاقتضى الجواب على الفور كالتمليك في المعاوضات وإن قال إن أعطيتني ألفا فأنت طالق لم تصح العطية إلا على الفور بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامه لأن العطية ههنا هي القبول ويكفي أن تحضر المال وتأذن في قبضه أخذ أو لم يأخذ لأن اسم العطية يقع عليه وإن لم يأخذ ولهذا يقال أعطيت فلانا مالا فلم يأخذه وإن قالت طلقني بألف فقال أنت طالق بألف إن شئت لم يقع الطلاق حتى توجد المشيئة لأنه أضاف إلى ما التزمت المشيئة فلم يقع إلا بها ولا تصح المشيئة إلا بالقول وهو أن تقول على الفور شئت لأن المشيئة وإن كانت بالقلب إلا أنها لا تعرف إلا بالقول فصار تقديره أنت طالق إن قلت شئت ويصح الرجوع قبل الضمان وقبل العطية وقبل المشيئة كما يجوز فيما عقد بلفظ المعاوضة وإن كان بحرف متى وأي وقت بأن يقول متى ضمنت لي أو أي وقت ضمنت لي ألفا فأنت طالق جاز أن يوجد الضمان على الفور وعلى التراخي والفرق بينه وبين قوله إن ضمنت لي ألفا أن اللفظ هناك عام في الزمانين ولهذا لو قال إن ضمنت لي الساعة أو إن ضمنت لي غدا جاز فلما اقترن به ذكر العوض جعلناه على الفور قياسا على المعاوضات والعموم يجوز تخصيصه بالقياس وليس كذلك قوله متى وأي وقت لأنه نص في كل واحد من الزمانين صريح في المنع من التعيين في أحد الزمانين ولهذا لو قال أي وقت أعطيتني الساعة كان محالا وما يقتضيه الصريح لا يترك بالقياس وإن رجع الزوج في هذا قبل القبول لم يصح لأن حكمه حكم الطلاق المعلق بالصفات دون المعاوضات وإن كان بحرف إذا بأن قال إذا ضمنت لي ألفا فأنت طالق فقد ذكر جماعة من أصحابنا أن حكمه حكم قوله إن ضمنت لي في اقتضاء الجواب على الفور وفي جواز الرجوع

(قوله وعلى التراخي) أي التوسع من غير تضييق من قولهم فلان رخي البال أي واسع الحال ؛

فيه قبل القبول وعندي أن حكمه حكم متى وأي وقت لأنه يفيد ما يفيده متى وأي وقت ولهذا إذا قال متى ألقاك جاز أن يقول إذا شئت كما يجوز أن يقول متى شئت وأي وقت شئت بخلاف إن فانه لو قال متى ألقاك لم يجز أن يقول إن شئت .

(فصل) ويجوز الخلع بالقليل والكثير والدين والعين والمال والمنفعة لأنه عقد على منفعة البضع فجاز بما ذكرناه كالنكاح فان خالعها على أن تكفل ولده عشر سنين وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها فالمنصوص أنه يصح فمن أصحابنا من قال فيه قولان لأنها صفقة جمعت بيعاً وإجارة ومنهم من قال يصح قولا واحدا لأن الحاجة تدعو إلى الجمع بينهما لأنه إذا أفرد أحدهما لم يمكنه أن يخالع على الآخر وفي غير الخلع يمكنه أن يفرد أحدهما ثم يعقد على الآخر وإن مات الولد بعد الرضاع ففي النفقة وجهان أحدهما أنها تحل لأنها تأجلت لأجله وقد مات والثاني لا تحل لأن الدين إنما يحل بموت من عليه دون من له :

(فصل) وإن خالعها خلعا منجزا على عوض ملك العوض بالعقد وضمن بالقبض كالصداق فان كان عينا فهلكت قبل القبض أو خرج مستحقا أو على عبد فخرج حرا أو على خل فخرج خمرا رجع إلى مهر المثل في قوله الجديد وإلى بدل المسمى في قوله القديم كما قلنا في الصداق وإن خالعها على أن ترضع ولده فماتت فهو كالعين إذا هلكت قبل القبض وإن مات الولد ففيه قولان أحدهما يسقط الرضاع ولا يقوم غير الولد مقامه لأنه عقد على إيقاع منفعة في عين فإذا تلفت العين لم يقم غيرها مقامها كما لو أكراه ظهرا للركوب فهلك الظهر فعلى هذا يرجع إلى مهر المثل في قوله الجديد وإلى أجرة الرضاع في قوله القديم والقول الثاني أنه لا يسقط الرضاع بل يأتيها بولد آخر لترضعه لأن المنفعة باقية وإن مات المستوفي قام غيره مقامه كما لو اكترى ظهرا ومات فان الوارث يقوم مقامه فعلى هذا إن لم يأت بولد آخر حتى مضت المدة ففيه وجهان أحدهما لا يرجع عليها لأنها مكنته من الاستيفاء فأشبه إذا أجرته دارا أو سلمتها إليه فلم يسكنها والثاني يرجع عليها لأن المعقود عليه تحت يدها فتلف من ضمانها كما لو باعت منه شيئا وتلف قبل أن يسلم فعلى هذا يرجع بمهر المثل في قوله الجديد وبأجرة الرضاع في قوله القديم وإن خالعها على خياطة ثوب فتلف الثوب فهل تسقط الخياطة أو يأتيها بثوب آخر لتخيطه فيه وجهان بناء على القولين في الرضاع :

(فصل) ويجوز رد العوض فيه بالعيب لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والصداق فان كان العقد على عين بأن طلقها على ثوب أو قال إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق فأعطته ووجد به عيبا فرده رجع إلى مهر المثل في قوله الجديد وإلى بدل العين سليما في قوله القديم كما ذكرناه في الصداق وإن كان الخلع منجزا على عوض موصوف في الذمة فأعطته ووجده معيبا فرده طالب بمثله سليما كما قلنا فيمن أسلم في ثوب وقبضه ووجده معيبا فرده وإن قال إن دفعت إلى عبدا من صفته كذا وكذا فأنت طالق فدفعت إليه عبدا على تلك الصفة طلقت فان وجده معيبا فرده رجع في قوله الجديد إلى مهر المثل وإلى بدل العبد في قوله القديم لأنه تعين بالطلاق فصار كما لو خالعها على عين فردها بالعيب ويخالف إذا كان موصوفا في الذمة في خلع منجز فقبضه ووجد به عيبا فرده لأنه لم يتعين بالعقد ولا بالطلاق فرجع إلى ما في الذمة وإن خالعها على عين على أنها على صفة فخرجت على دون تلك الصفة ثبت له الرد كما قلنا في البيع فإذا رده رجع إلى مهر المثل في أحد القولين وإلى بدل المشروط في القول الآخر كما قلنا فيما رده بالعيب :

(فصل) ولا يجوز الخلع على محرم ولا على ما فيه غرر كالمجهول ولا ما لم يتم ملكه عليه ولا ما لا يقدر على تسليمه لأنه عقد معاوضة فلم يجز على ما ذكرناه كالبيع والنكاح فان طلقها على شيء من ذلك وقع الطلاق لأن الطلاق يصح مع عدم العوض فصح مع فساده كالنكاح ويرجع عليها بمهر المثل لأنه تعذر رد البضع فوجب رد بدله كما قلنا فيمن تزوج على خمر أو خنزير فان خالعها بشرط فاسد بأن قالت طلقني بألف بشرط أن تطلق ضرتي فطلقها وقع الطلاق ويرجع عليها بمهر المثل لأن الشرط فاسد فإذا سقط وجب إسقاط ما زيد في البدل لأجله وهو مجهول فصار العوض فيه مجهولا فوجب مهر المثل فان قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق على ألف ففيه وجهان أحدهما يصح لأنه تعليق طلاق بشرط والثاني لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع فعلى هذا إذا وجد الشرط وقع الطلاق ورجع عليها بمهر المثل .

(قوله على أن تكفل ولده) أي تربيه وتحضنه وقد ذكر أيضا (قوله منجزا) أي معجلا غير مؤجل

(فصل) فإذا خالع امرأته لم يلحقها ما بقي من عدد الطلاق لأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ولا يملك رجعتها في العدة وقال أبو ثور إن كان بلفظ الطلاق فله أن يراجعها لأن الرجعة من مقتضى الطلاق فلم يسقط بالعوض كالولاء في العتق وهذا خطأ لأنه يبطل به إذا وهب بعوض فان الرجوع من مقتضى الهبة وقد سقط بالعوض ويخالف الولاء فان إثباته لا يملك ما اعتاض عليه من الرق وبإثبات الرجعة يملك ما اعتاض عليه من البضع :

(فصل) وإن طلقها بدينار على أن له الرجعة سقط الدينار وثبتت له الرجعة وقال المزنى يسقط الدينار والرجعة ويجب مهر المثل كما قال الشافعي فيمن خالع امرأة على عوض وشرطت المرأة أنها متى شاءت استرجعت العوض وثبتت الرجعة أن العوض يسقط ولا تثبت الرجعة وهذا خطأ لأن الدينار والرجعة شرطان متعارضان فسقطا وبقي طلاق مجرد فثبتت معه الرجعة فأما المسألة التي ذكرها الشافعي رحمه الله فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين ومنهم من قال لا تثبت الرجعة هناك لأنه قطع الرجعة في الحال وإنما شرطت أن تعود فلم تعد وههنا لم يقطع الرجعة فثبتت :

(فصل) وإن وكلت المرأة في الخلع ولم تقدر العوض فخالع الوكيل بأكثر من مهر المثل لم يلزمها إلا مهر المثل لأن المسمى عوض فاسد بمقتضى الوكالة فسقط ولزم مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد فان قدرت العوض بمائة فخالع عنها على أكثر منها ففيه قولان أحدهما يلزمها مهر المثل لما ذكرناه والثاني يلزمها أكثر الأمرين من مهر المثل أو المائة فان كان مهر المثل أكثر وجب لأن المسمى سقط لفساده ووجب مهر المثل وإن كانت المائة أكثر وجبت لأنها رضيت بها وأما الوكيل فإنه إن ضمن العوض في ذمته رجع الزوج عليه بالزيادة لأنه ضمنها بالعقد وإن لم يضمن بأن أضاف إلى مال الزوجة لم يرجع عليه بشيء فان خالع على خمر أو خنزير وجب مهر المثل لأن المسمى سقط فوجب مهر المثل فان وكل الزوج في الخلع ولم يقدر العوض فخالع الوكيل بأقل من مهر المثل فقد نص فيه على قولين قال في الإملاء يقع ويرجع عليه بمهر المثل وقال في الأم الزوج بالخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائنا وبين أن يرده ويكون الطلاق رجعيا وقال فيمن وكل وقدر العوض فخالع على أقل منه أن الطلاق لا يقع فمن أصحابنا من نقل القولين في الوكالة المطلقة إلى الوكالة التي قدر فيها العوض والقول في الوكالة التي قدر فيها العوض إلى الوكالة المطلقة وهو الصحيح عندي لأن الوكالة المطلقة تقتضي المنع من النقصان عن مهر المثل كما تقتضي الوكالة التي قدر فيها العوض المنع من النقصان عن المقدر فيكون في المسئلتين ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يقع الطلاق لأنه طلاق أوقعه على غير الوجه المأذون فيه فلم يقع كما لو وكله في الطلاق في يوم فأوقعه في يوم آخر والثاني أنه يقع الطلاق بائناً ويجب مهر المثل لأن الطلاق مأذون فيه فإذا وقع لم يرد والمسمى فاسد فوجب مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد والثالث أن الطلاق يقع لأنه مأذون فيه وإنما قصر في البدل فثبت له الخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائنا وبين أن يرد ويكون الطلاق رجعيا لأنه لا يمكن إجبار الزوج على المسمى لأنه دون المأذون فيه ولا يمكن إجبارها على مهر المثل فيما أطلق ولا على الذي نص عليه من المقدر لأنها لم ترض به فخير بين الأمرين ليزول الضرر عنهما ومن أصحابنا من قال فيما قدر العوض فيه لا يقع الطلاق لأنه خالف نصه وفيما أطلق يقع الطلاق لأنه لم يخالف نصه وإنما خالفه من جهة الاجتهاد وهذا يبطل بالوكيل في البيع فإنه لا فرق بين أن يقدر له ثمن فباع بأقل منه وبين أن يطلق فباع بما دون ثمن المثل وإن خالعها على خمر أو خنزير لم يقع الطلاق لأنه طلاق غير مأذون فيه ويخالف وكيل المرأة فإنه لا يوقع الطلاق وإنما يقبله فإذا كان العوض فاسداً سقط ورجع إلى مهر المثل .

(فصل) وإذا خالع امرأة في مرضه ومات لم يعتبر البدل من الثلث سواء حابى أو لم يحاب لأنه لا حق للورثة في بضع المرأة ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث فان خالعت المرأة زوجها في مرضها وماتت فان لم يزد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال لأن الذي بذلت بقيمة ما ملكته فأشبه إذا اشترت متاعاً بثمن المثل وإن زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة

(قوله الرجعة) مأخوذة من الرجوع إلى الشيء بعد تركه مستعمل معروف (قوله الطلاق بائناً) مأخوذ من البين وهو الفرقة والبعيد يقال بان يبين إذا فارق موضعه وزايله

من الثلث لأنه لا يقابلها بدل فاعتبرت من الثلث كالهبة فان خالعت على عبد قيمته مائة ومهر مثلها خمسون فقد حابت بنصفه فإن لم يخرج النصف من الثلث بأن كان عليها ديون تستغرق قيمة العبد فالزوج بالخيار بين أن يقر العقد في العبد فيستحق نصفه وبين أن يفسخ العقد فيه ويستحق مهر المثل ويضرب به مع الغرماء لأن الصفقة تبعضت عليه وإن خرج النصف من الثلث أخذ جميع العبد نصفه بمهر المثل ونصفه بالمحاباة ومن أصحابنا من قال هو بالخيار بين أن يقر العقد في العبد بين أن يفسخ العقد فيه ويستحق مهر المثل لأنه تبعضت عليه الصفقة من طريق الحكم لأنه دخل على أن يكون جميع العبد له عوضا وقد صار نصفه عوضا ونصفه وصية والمذهب الأول لأن الخيار إنما يثبت بتبعيض الصفقة لما يلحقه من الضرر لسوء المشاركة ولا ضرر عليه ههنا لأنه صار جميع العبد له فلم يثبت له الخيار :

(باب جامع في الخلع)

إذا قالت المرأة للزوج طلقني على ألف فقال خالعتك أو حرمتك أو أبنتك على ألف ونوى الطلاق صح الخلع وقال أبو علي بن خيران لا يصح لأنها سألت الطلاق بالصريح فأجاب بالكناية والمذهب الأول لأنها استدعت الطلاق والكناية مع نية طلاق فان قالت طلقني بألف فقال خالعتك بألف ولم ينو الطلاق وقلنا إن الخلع فسخ لم تستحق العوض لأنها استدعت فرقة ننقص بها العدد ولم يجبها إلى ذلك فان قالت اخلعني فقال طلقتك وقلنا إن الخلع فسخ ففيه وجهان أحدهما لا يصح لأنه لم يجب إلى ما سألت فهو كالقسم قبله والثاني يصح وهو المذهب لأنها استدعت فرقة لا ينقص بها العدد فأجاب إلى فرقة ينتقص بها العدد فحصل لها ما طلبت وزيادة .

(فصل) وإن قالت طلقني ثلاثا ولك على ألف فطلقها طلقة استحق ثلث الألف لأنها جعلت الألف في مقابلة الثلاث فكان في مقابلة كل طلقة ثلث الألف وإن طلقها طلقة ونصفا ففيه وجهان أحدهما يستحق ثلثي الألف لأنها طلقت طلقتين والثاني يستحق نصف الألف لأنه أوقع نصف الثلاث وإنما كملت بالشرع لا بفعله فان قال إن أعطيتني ألفا فأنت طالق ثلاثا فأعطته بعض الألف لم يقع شيء لأن ما كان من جهته طريقه الصفات ولم توجد الصفة فلم يقع وما كان من جهتها طريقه الأعواض فقسم على عدد الطلاق وإن بقيت له على امرأته طلقة فقالت له طلقني ثلاثا ولك على ألف فطلقها واحدة فالمنصوص أنه يستحق الألف واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس وأبو إسحاق المسألة مفروضة في امرأة علمت أنه لم يبق لها إلا طلقة فيكون معنى قولها طلقني ثلاثا أي كمل لي الثلاث كرجل أعطى رجلا نصف درهم فقال له أعطني درهما أي كمل لي درهما وأما إذا ظنت أن لها الثلاث لم يجب أكثر من ثلث الألف لأنها بذلت الألف في مقابلة الثلاث فوجب أن يكون لكل طلقة ثلث الألف ومن أصحابنا من قال يستحق الألف بكل حال لأن القصد من الثلاث تحريمها إلى أن تنكح زوجا غيره وذلك يحصل بهذه الطلقة فاستحق بها الجميع وقال المزني رحمه الله لا يستحق إلا ثلث الألف علمت أو لم تعلم لأن التحريم يتعلق بها وبطلقتين قبلها كما إذا شرب ثلاثة أقداح فسكر كان السكر بالثلاث وإذا فقأ عين الأعور كان العمى بفقء الباقية وبالمفقوءة قبلها وهذا خطأ لأن لكل قدح تأثيرا في السكر ولذهاب العين الأولى تأثيرا في العمى ولا تأثير للأولى والثانية في التحريم لأنه لو كان لهما تأثير في التحريم لكمل لأنه لا يتبعض وإن ملك عليها ثلاث تطليقات فقالت له طلقني طلقة بألف فطلقها ثلاثا استحق الألف لأنه فعل ما طلبته وزيادة فصار كما لو قال من رد عبدي فلانا فله دينار فرده مع عبدين آخرين فان قالت طلقني عشرا بألف فطلقها واحدة ففيه وجهان أحدهما يجب له عشر الألف لأنها جعلت لكل طلقة عشر الألف والثاني يجب له ثلث الألف لأن ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم وإن طلقها ثلاثا فله على الوجه الأول ثلاثة أعشار الألف وعلى الوجه الثاني له جميع الألف وإن بقيت له طلقة فقالت له طلقني ثلاثا على ألف طلقة أحرم بها عليك وطلقتين في نكاح آخر إذا نكحتني فطلقها ثلاثا وقعت طلقة ولا يصح ما زاد لأنه سلف في الطلاق ولأنه طلاق قبل النكاح فان قلنا إن الصفقة لا تفرق فقد بطل المسمى ووجب مهر المثل وإن قلنا تفرق الصفقة ففيما يستحق قولان أحدهما ثلث الألف والثاني جميع الألف كما قلنا في البيع .

(باب جامع في الخلع)

(قوله وإذا فقأ عين الأعور) يقال فقأ عينه فقأ وفقأتها تفقئة إذا بخقتها وشققتها :

(فصل) وإن قال أنت طالق على ألف وطالق وطالق لم تقع الثانية والثالثة لأنها بانت بالأولى وإن قال أنت طالق وطالق وطالق على ألف وقال أردت الأولى بالألف لم يقع مابعدها لأنها بانت بالأولى وإن قال أردت الثانية بالألف فان قلنا يصح خلع الرجعية وقعت الأولى رجعية وبانت الثانية ولم تقع الثالثة وإن قلنا لا يصح خلع الرجعية وقعت الأولى رجعية والثانية رجعية وبانت بالثالثة وإن قال أردت الثالثة بالألف فقد ذكر بعض أصحابنا أنه يصح ويستحق الألف قولا واحدا لأنه يحصل بالثالثة من التحريم مالايحصل بغيرها وعندى أنه لايستحق الألف على القول الذى يقول إنه لا يصح خلع الرجعية لأن الخلع يصادف رجعية وإن قال أردت الثلاث بالألف لم تقع الثانية والثالثة لأن الأولى وقعت بثلث الألف وبانت بها فلم يقع مابعدها :

(فصل) وإن قال أنت طالق وعليك ألف طلقت ولا يستحق عليها شيئا لأنه أوقع الطلاق من غير عوض ثم استأنف إيجاب العوض من غير طلاق فان كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجع لأنه طلق من غير عوض وإن قال أنت طالق على أن عليك ألفا فقبلت صح الخلع ووجب المال لأن تقديره أنت طالق على ألف فاذا قبلت وقع الطلاق ووجب المال :

(فصل) إذا قال إن دفعت إلى ألف درهم فأنت طالق فان نويا صنفا من الدراهم صح الخلع وحمل الألف على مانويا لأنه عوض معلوم وإن لم ينويا صنفا نظرت فان كان فى موضع فيه نقد غالب حمل العقد عليه لأن إطلاق العوض يقتضى نقد البلد كما نقول فى البيع وإن لم يكن فيه نقد غالب فدفعت إليه ألف درهم بالعدد دون الوزن لم تطلق لأن الدراهم فى عرف الشرع بالوزن وإن دفعت إليه ألف درهم نقرة لم تطلق لأنه لايطلق اسم الدراهم على النقرة وإن دفعت اليه ألف درهم فضة طلقت لوجود الصفة ويجب ردها لأن العقد وقع على عوض مجهول ويرجع بمهر المثل لأنه تعذر الرجوع إلى المعوض فوجب بدله وإن دفعت اليه دراهم مغشوشة فان كانت الفضة فيها تبلغ ألف درهم طلقت لوجود الصفة وإن كانت الفضة فيها ألف درهم لم تطلق لأن الدراهم لاتطلق إلا على الفضة :

(فصل) وإن قال إن أعطيتنى عبدا فأنت طالق فأعطته عبدا تملكه طلقت سليما كان أو معيبا قنا كان أو مدبرا لأن اسم العبد يقع عليه ويجب رده والرجوع بمهر المثل لأنه عقد وقع على مجهول وإن دفعت اليه مكاتبا أومغصوبا لم تطلق لأنها لاتملك العقد عليه وإن قال إن أعطيتنى هذا العبد فأنت طالق فأعطته وهو مغصوب ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أنها لا تطلق كما لو خالعها على عبد غير معين فأعطته عبدا مغصوبا والثانى وهو المذهب أنها تطلق لأنها أعطته ماعينه ويخالف إذا خالعها على عبد غير معين لأن هناك أطلق العقد فحمل على مايقتضيه العقد والعقد يقتضى دفع عبد تملكه

(فصل) وإن اختلف الزوجان فقال الزوج طلقتك على مال وأنكرت المرأة بانت باقراره ولم يلزمها المال لأن الأصل عدمه وإن قال طلقتك بعوض فقالت طلقتنى بعوض بعد مضى الخيار بانت باقراره والقول فى العوض قولها لأن الأصل براءة ذمتها وإن اختلفا فى قدر العوض أو فى عينه أو فى ضمنه أو فى تعجيله أو فى تأجيله تحالفا لأنه عوض فى عقد معاوضة فتحالفا فيه على ماذكرناه كالبيع فاذا تحالفا لم يرتفع الطلاق وسقط المسمى ووجب مهر المثل كما لو اختلفا فى ثمن السلعة بعدما تلفت فى يد المشترى وإن خالعها على ألف درهم ثم اختلفا فيما نويا فادعى أحدهما صنفا وادعى الآخر صنفا آخر تحالفا ومن أصحابنا من قال لا يصح للاختلاف فى النية لأن ضمائر القلوب لاتعلم والأول هو المذهب لأنه لما جاز أن تكون النية كاللفظ فى صحة العقد عند الاتفاق وجب أن تكون كاللفظ عند الاختلاف ولأنه قد يكون بينهما أمارات يعرف بها مافى القلوب ولهذا يصح الاختلاف فى كنايات القذف والطلاق وإن قال أحدهما خالعت على ألف درهم وقال الآخر خالعت على ألف مطلق تحالفا لأن أحدهما يدعى الدراهم والآخر يدعى مهر المثل وإن بقيت له طلقة فقالت له طلقنى ثلاثا على ألف فطلقها قلنا إنها إن علمت مابقى استحق الألف وإن لم تعلم

(قوله فان نويا صنفا من الدراهم) أى نوعا يقال صنف وصنف بالفتح والكسر (قوله ألف درهم نقرة) أراد بها غير مسكوكة (قوله بينهما أمارات) أى علامات ووقت واحدتها أمارة ويقال أيضا أمارة وأمار وأنشد الأصمعى للعجاج

إذ ردها بكيدها فارتدت إلى أمار وأمار مدتى

لم يستحق إلا ثلث الألف وإن اختلفا فقالت المرأة لم أعلم وقال الزوج بل علمت تحالفا ورجع الزوج إلى مهر المثل لأنه اختلاف فى عوض الطلقة وهى تقول بذلت ثلث الألف فى مقابلتها وهو يقول بذلت الألف ؛

(فصل) وإن قال خالعتك على ألف وقالت بل خالعت غيرى بانت المرأة لاتفاقهما على الخلع والقول فى العوض قولها لأنه يدعى عليها حقا والأصل عدمه وإن قال خالعتك على ألف وقالت خالعتنى على ألف ضمنها عنى زيد لزمها الألف لأنها أقرت به ولا شىء على زيد إلا أن يقر به وإن قال خالعتك على ألف فى ذمتك فقالت بل خالعتنى على ألف لى فى ذمة زيد تحالفا لأن الزوج يدعى عوضا فى ذمتها وهى تدعى عوضا فى ذمة غيرها وصار كما لو ادعى أحدهما أن العرض عنده وادعى آخر أنه عند آخر ؛

﴿ كتاب الطلاق ﴾

يصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل مختار فأما غير الزوج فلا يصح طلاقه، وإن قال إذا تزوجت امرأة فهى طالق لم يصح لما روى المسور بن مخرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك وأما الصبى فلا يصح طلاقه لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق فأما من لا يعقل فإنه إن لم يعقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمجنون والمريض ومن شرب دواء للتداوى فزال عقله أو أكره على شرب الخمر حتى سكر لم يقع طلاقه لأنه نص فى الخبر على النائم والمجنون وقسنا عليهما الباقين وإن لم يعقل بسبب لا يعذر فيه كمن شرب الخمر لغير عذر فسكر أو شرب دواء لغير حاجة فزال عقله فالمنصوص فى السكران أنه يصح طلاقه وروى المزنى أنه قال فى القديم لا يصح ظهاره والطلاق والظهار واحد فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لا يصح وهو اختيار المزنى وأبى ثور لأنه زائل العقل فأشبه النائم أو مفقود الإرادة فأشبه المكره والثانى أنه يصح وهو الصحيح لما روى أبو وبرة الكلبى قال أرسلنى خالد بن الوليد إلى عمر رضى الله عنه فأتيته فى المسجد ومعه عثمان وعلى وعبد الرحمن وطلحة والزبير رضى الله عنهم فقلت إن خالدا يقول إن الناس قد انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة فقال عمر هم هؤلاء عندك فاسألهم فقال على عليه السلام تراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون جلدة فقال عمر أبلغ صاحبك ما قال فجعلوه كالصاحى ومنهم من قال يصح طلاقه قولا واحدا ولعل ما رواه المزنى حكاه الشافعى رحمه الله عن غيره: وفى علته ثلاثة أوجه: أحدها وهو قول أبى العباس إن سكره لا يعلم إلا منه وهو متهم فى دعوى السكر لفسقه فعلى هذا يقع الطلاق فى الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل والثانى أنه يقع طلاقه تغليظا عليه لمعصيته فعلى هذا يصح ما فيه تغليظ عليه كالطلاق والعتق والردة وما يوجب الحد ولا يصح ما فيه تخفيف كالنكاح والرجعة وقبول الهبات والثالث

(ومن كتاب الطلاق)

الطلاق والاطلاق ضد الحبس وهو التخلية بعد اللزوم والامساك يقال طلقت المرأة وطلقت بفتح اللام وضمها والفتح أفصح قال الأخفش لا يقال طلقت بالضم ويقال فى وجع الولادة طلقت طلقا فهى طالق بغير هاء أى ذات طلق كما يقال حائض أى ذات حيض وقيل لأنها صفة تختص بالمؤنث لا يشاركها فيه المذكر فحذفت منه العلامة وربما قالوا طالقة بالهاء قال الأعشى:

أجارتنا بينى فإنك طالقه   كذاك أمور الناس غاد وطارقه

(قوله انهمكوا فى الخمر) يقال انهمك فلان فى الأمر أى جد ولج وكذلك تهمك فى الأمر . وتحاقروا العقوبة استصغروها والحقير الصغير . ومحقرات الذنوب صغارها (قوله إذا سكر هذى) يقال هذى فى منطقه يهذى ويهذو ، وهذا هذيانا إذا كثر كلامه وقلت فائدته وإذا هذى افترى أى كذب ؛ والافتراء والفرية الكذب وأصله الخلق من فريت المزادة إذا خلقتها وصنعتها كأنه اختلق الكذب أى صنعه وابتدأه ؛

أنه لما كان سكره بمعصية أسقط حكمه فجعل كالصاحى فعلى هذا يصح منه الجميع وهذا هو الصحيح لأن الشافعى رحمه الله نص على صحة رجعته :

(فصل) وأما المكره فإنه ينظر فإن كان إكراهه بحق كالمولى إذا أكرهه الحاكم على الطلاق وقع طلاقه لأنه قول حمل عليه بحق فصح كالحربى إذا أكره على الإسلام وإن كان بغير حق لم يصح لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كالمسلم إذا أكره على كلمة الكفر ولا يصير مكرها إلا بثلاثة شروط أحدها أن يكون المكره قاهرا له لا يقدر على دفعه والثانى أن يغلب على ظنه أن الذى يخافه من جهته يقع به والثالث أن يكون ما يهدده به مما يلحقه ضرر به كالقتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل والاستخفاف بمن يغض منه ذلك من ذوى الأقدار لأنه يصير مكرها بذلك وأما الضرب القليل فى حق من لا يبالى به والاستخفاف بمن لا يغض منه أو أخذ القليل من المال ممن لا يتبين عليه أو الحبس القليل فليس بإكراه وأما النفى فإن كان فيه تفريق بينه وبين الأهل فهو إكراه وإن لم يكن فيه تفريق بينه وبين الأهل ففيه وجهان أحدهما أنه إكراه لأنه جعل النفى عقوبة كالحد ولأنه تلحقه الوحشة بمفارقة الوطن والثانى ليس بإكراه لتساوى البلاد فى حقه وإذا أكره على الطلاق فنوى الايقاع ففيه وجهان أحدهما لا يقع لأن اللفظ يسقط حكمه بالإكراه وبقيت النية من غير لفظ فلم يقع بها الطلاق والثانى أنه يقع لأنه صار بالنية مختارا :

(فصل) وإن قال الأعجمى لامرأته أنت طالق وهو لا يعرف معناه ولا نوى موجبه لم يقع الطلاق كما لو تكلم بكلمة الكفر وهو لا يعرف معناه ولم يرد موجبه وإن أراد موجبه بالعربية ففيه وجهان أحدهما وهو قول الماوردى البصرى أنه يقع لأنه قصد موجبه فلزمه حكمه والثانى وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله أنه لا يصح كما لا يصير كافرا إذا تكلم بكلمة الكفر وأراد موجبه بالعربية :

(فصل) ويملك الحر ثلاث تطليقات : لما روى أبو رزين الأسدى قال جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال أرأيت قول الله عز وجل «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» فأين الثالثة قال تسريح بإحسان الثالثة ويملك العبد طلقتين لما روى الشافعى رحمه الله أن مكاتبا لأم سلمة طلق امرأته وهى حرة تطليقتين وأراد أن يراجعها فأمره أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتى عثمان رضى الله عنه فيسأله فذهب إليه فوجده آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما عن ذلك فابتدراه وقالا حرمت عليك حرمت عليك :

(فصل) ويقع الطلاق على أربعة أوجه واجب ومستحب ومحرم ومكروه فأما الواجب فهو فى حالتين أحدهما إذا وقع الشقاق ورأى الحكمان الطلاق وقد بيناه فى النشوز والثانى إذا آلى منها ولم يفء إليها ونذكره فى الإيلاء إن شاء الله تعالى وأما المستحب فهو فى حالتين إحداهما إذا كان يقصر فى حقها فى العشرة أو فى غيرها فالمستحب أن يطلقها لقوله عز وجل فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ولأنه إذا لم يطلقها فى هذه الحال لم يؤمن أن يفضى إلى الشقاق أو إلى الفساد والثانى أن لا تكون المرأة عفيفة فالمستحب أن يطلقها لما روى أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال إن امرأتى لا ترد يد لامس فقال النبى صلى الله عليه وسلم طلقها ولأنه لا يأمن أن تفسد عليه الفراش وتلحق به نسبا ليس منه :

(قوله حمل عليه) أى كلف وجبر ومنه قولهم ما حملك على ما صنعته. الضرب المبرح الشاق المؤذى وقد ذكر (قوله الاستخفاف بمن يغض منه) يقال غض منه يغض بالضم أى وضع ونقص من قدره يقال ليس عليك فى هذا الأمر غضاضة أى ذلة ومنقصة (قوله ذوى الأقدار) القدر المنزلة الرفيعة والشرف (قوله بينه وبين الأهل) الأهل ههنا القرابة والاخوان الذين يسكن إليهم والأهل أيضا الزوجة يقال أهل يأهل وتأهل أهولا أى تزوج وقولهم مرحبا وأهلا أى أتيت سعة وأتيت أهلا فاستأنس ولا تستوحش (قوله أو تسريح بإحسان) تسريح المرأة طلاقها وهو مأخوذ من تسريح الماشية إذا تركتها ترعى وأرسلتها ولم تحبسها وتمسكها والاسم السراح مثل التبليغ والبلاغ وفى المثل السراح من النجاح أى إذا لم تقدر على قضاء حاجة الرجل فآيسه فإن ذلك بمنزلة الاسعاف. فابتدراه أى استبقا إلى الجواب يقال بدره أى سبقه (قوله إذا وقع الشقاق) قد ذكر أنه العداوة والاختلاف (قوله لا ترد يد لامس) أى لا تمنع من يطلبها للجماع ولهذا كنى عنه باللمس والمس ولذلك قال له طلقها والالتماس الطلب

(فصل) وأما المحرم فهو طلاق البدعة وهو اثنان أحدهما طلاق المدخول بها في حال الحيض من غير حمل والثاني طلاق من يجوز أن تحبل في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل والدليل عليه ماروى عن عمر رضي الله عنه أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده مرة أخرى ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده أخرى ثم يمسكها حتى تطهر من حيضها فإذا أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر قبل أن يجامعها فتلك العدة التي أمر الله الله تعالى أن يطلق لها النساء ولأنه إذا طلقها في الحيض أضر بها في تطويل العدة وإذا طلقها في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل لم يأمن أن تكون حاملا فيندم على مفارقتها مع الولد ولأنه لا يعلم هل علقت بالوطء فتكون عدتها بالحمل أو لم تعلق فتكون عدتها بالأقراء وأما طلاق غير المدخول بها في الحيض فليس بطلاق بدعة لأنه لا يوجد تطويل العدة فأما طلاقها في الحيض وهي حامل على القول الذي يقول إن الحامل تحيض فليس ببدعة وقال أبو إسحاق هو بدعة لأنه طلاق في الحيض والمذهب الأول لما روى سالم أن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته وهي حائض فذكر عمر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم ليطلقها وهي طاهر أو حامل ولأن الحامل تعتد بالحمل فلا يؤثر الحيض في تطويل عدتها وأما طلاق من لا تحمل في الطهر المجامع فيه وهي الصغيرة الآيسة من الحيض فليس ببدعة لأن تحريم الطلاق للندم على الولد أو للريبة بما تعتد به من الحمل والأقراء وهذا لا يوجد في حق الصغيرة والآيسة وأما طلاقها بعد ما استبان حملها فليس ببدعة لأن المنع للندم على الولد وقد علم بالولد أو للارتياب بما تعتد به وقد زال ذلك بالحمل وإن طلقها في الحيض أو الطهر الذي جامع فيه وقع الطلاق لأن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها فدل على الطلاق وقع والمستحب أن يراجعها لحديث ابن عمر رضي الله عنه ولأنه بالرجعة يزول المعنى الذي لأجله حرم الطلاق وإن لم يراجعها جاز لأن الرجعة إما أن تكون كابتداء النكاح أو كالبقاء على النكاح ولا يجب واحد منهما.

(فصل) وأما المكروه فهو الطلاق من غير سنة ولا بدعة والدليل عليه ماروى محارب بن دثار رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق» وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «إنما المرأة خلقت من ضلع لن تستقيم لك على طريقة فإن استمتعت بها استمتعت وبها عوج وإن ذهبت تقيمها كسرتها وكسرها طلاقها».

(فصل) وإذا أراد الطلاق فالمستحب أن يطلقها طلقة واحدة لأنه يمكنه تلافيها وإن أراد الثلاث فرقها في كل طهر طلقة ليخرج من الخلاف فإن عند أبي حنيفة لا يجوز جمعها ولأنه يسلم من الندم وإن جمعها في طهر واحد جاز لما روى أن عويمر العجلاني قال عند رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لاعن امرأته كذبت عليها إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها ولو كان جمع الثلاث محرما لأنكر عليه فإن جمع الثلاث أو أكثر بكلمة واحدة وقع الثلاث لما روى الشافعي رحمه الله أن

والتلمس التطلب مرة بعد أخرى ولم يرد لمس اليد (قوله طلاق البدعة) البدعة الحدث في الشيء بعد الاكمال. وابتدع الشيء أحدثه وابتدأه فهو مبتدع (قوله للريبة بما تعتد به) الريبة والريب الشك وقد ذكر وكذا الارتياب (قوله وبها عوج) بفتح العين والعوج في الخلق وبالكسر العوج في الرأي. قال الله تعالى قرآنا عربيا غير ذي عوج أي غير ذي ميل ولا انكسار. وقال الجوهري يقال عوج الشيء بالكسر فهو أعوج والاسم العوج بكسر العين. قال ابن السكيت فكل ما ينتصب كالحائط والعود قيل فيه عوج بالفتح. والعوج بالكسر ما كان في أرض أو دين أو معاش يقال في دينه عوج. وقال العزيزي عوج بالكسر في الدين وعوج في الحائط ميل وفي القناة ونحوه. وقال في عين المعاني العوج بالفتح فيما له شخص وهو مصدر كالحول في معنى الصفة وبالكسر فيما لا شخص له (قوله كذبت عليها إن أمسكتها) معناه إن أمسكتها فأنا كاذب فيما قذفتها به هكذا فسره أهل الفقه. وأما أهل اللغة فقالوا يقال كذب عليك الأمر أي أوجب إغراءه به ، المعنى أن الإنسان إذا كذب عليه غيره صارت بينه وبينه عداوة فوجب أن يجازيه بفعله فقال له القائل كذب عليك فلان يريد أن يجازيه ويثيبه فعممت هذه الكلمة حتى صارت كالاغراء فيكون معناه على هذا وجب على طلاقها وأن لا أمسكها كأنه رضي الله عنه أغرى نفسه بذلك. وجاء كذب عليكم الحج أي وجب (قوله لا سبيل لك عليها) أي لا طريق لك إلى طلاقها قد حرمت عليك باللعان.

ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله إني طلقت امرأتي سهيمة البتة والله ماأردت إلا واحدة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم والله ماأردت إلا واحدة فقال ركانة والله ماأردت إلا واحدة فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو لم يقع الثلاث إذا أرادها بهذا اللفظ لم يكن لاستحلافه معنى وروى أن رجلا قال لعثمان رضي الله عنه إني طلقت امرأتي مائة فقال ثلاث يحرمنها وسبعة وتسعون عدوان وسئل ابن عباس رضي الله عنه عن رجل طلق امرأته ألفا فقال ثلاث منهن يحرمن عليه ومابقي فعليه وزره :

(فصل) ويجوز أن يفوض الطلاق إلى امرأته لماروت عائشة رضي الله عنها قالت لماأمر الله تعالى رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير نسائه بدأبي فقال إني مخبرك خبرا وماأحب أن تصنعي شيئا حتى تستأمري أبويك ثم قال إن الله تعالى قال قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا إلى قوله منكن أجرا عظيما فقلت أوفي هذا أستأمر أبوي فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مافعلته وإذا فوض الطلاق إليها فالمنصوص أن لها أن تطلق مالم يتفرقا عن المجلس أو يحدث مايقطع ذلك وهو قول أبي العباس بن القاص وقال أبو إسحق لاتطلق إلا على الفور لأنه تمليك يفتقر إلى القبول فكان القبول فيه على الفور كالبيع وحمل قول الشافعي رحمه الله على أنه أراد مجلس الخيار لامجلس القعود وله أن يرجع فيه قبل أن تطلق وقال أبو علي بن خيران ليس له أن يرجع لأنه طلاق معلق بصفة فلم يجز الرجوع فيه كما لو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق وهذا خطأ لأنه ليس بطلاق معلق بصفة وإنما هو تمليك يفتقر إلى القبول يصح الرجوع فيه قبل القبول كالبيع وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة وقعت لأن من ملك إيقاع ثلاث طلقات ملك إيقاع طلقة كالزوج وإن قال لها طلقي نفسك طلقة فطلقت ثلاثا وقعت الطلقة لأن من ملك إيقاع طلقة إذا أوقع الثلاث وقعت الطلقة كالزوج إذا بقيت له طلقة فطلق ثلاثا وإن قال لوكيله طلق امرأتي جاز أن يطلق متى شاء لأنه توكيل مطلق فلم يقتض التصرف على الفور كما لو وكله في بيع وإن قال له طلق امرأتي ثلاثا فطلقها طلقة أو قال طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا ففيه وجهان أحدهما أنه كالزوجة في المسئلتين والثاني لايقع لأنه فعل غير ماوكل فيه :

(فصل) وتصح إضافة الطلاق إلى جزء من المرأة كالثلث والربع واليد والشعر لأنه لايتبعض وكان إضافته إلى الجزء كالإضافة إلى الجميع كالعفو عن القصاص وفي كيفية وقوعه وجهان أحدهما يقع على الجميع باللفظ لأنه لما لم يتبعض كان تسمية البعض كتسمية الجميع والثاني أنه يقع على الجزء المسمى ثم يسري لأن الذي سماه هو البعض ولايجوز إضافته إلى الريق والحمل لأنه ليس بجزء منها وإنما هو مجاور لها وإن قال بياضك طالق أوسوادك طالق أولونك طالق ففيه وجهان أحدهما يقع لأنه من جملة الذات التي لاينفصل عنها فهو كالأعضاء والثاني لايقع لأنها أعراض تحل في الذات :

(فصل) ويجوز إضافة الطلاق إلى الزوج بأن يقول لها أنا منك طالق أو يجعل الطلاق إليها فتقول أنت طالق لأنه أحد الزوجين فجاز إضافة الطلاق إليه كالزوجة واختلف أصحابنا في إضافة العتق إلى المولى فمنهم من قال يصح وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأنه إزالة ملك يجوز بالصريح والكناية فجاز إضافته إلى المالك كالطلاق وقال أكثر أصحابنا لايصح والفرق بينه وبين الطلاق أن الطلاق يحل النكاح وهما مشتركان في النكاح والعتق يحل الرق والرق يختص به العبد والله أعلم .

(باب مايقع به الطلاق ومالايقع)

لايقع الطلاق إلا بصريح أو كناية مع النية فإن نوى الطلاق من غير صريح ولا كناية لم يقع الطلاق لأن التحريم في الشرع

(قوله البتة) قد ذكرنا أن البت القطع بته يبته قطعه (قوله وسبع وتسعون عدوان) أي ظلم وتجاوز للحد يقال عدا عليه عدوا وعدوا وعدوانا (قوله فعليه وزره) أي إثمه والوزر الإثم وأصله الحمل الثقيل يدل عليه قوله تعالى ووضعنا عنك وزرك الذي أنقض ظهرك (قوله يفوض الطلاق إلى امرأته) أي يرده إليها. فوض الأمر إلى فلان رده ومنه وأفوض أمري إلى الله (قوله تستأمري أبويك) أي تشاوريهما فتنظري ماذا يأمرانك : والاستئمار المشاورة وكذا الائتمار وكذلك التآمر على التفاعل ويقال ائتمروا به إذا هموا به وتشاوروا فيه قال الله تعالى إن الملأ يأتمرون بك ليقتلوك (قوله بالصريح والكناية) الصريح الخالص من كل شيء ومنه اللبن الصريح والصريح الرجل الخالص النسب والكناية أن تتكلم بشيء وأنت تريد غيره قال الشاعر :

وإني لأكنو عن قدور بغيرها ... وأعرب أحيانا بها وأصارح

وفيه لغتان كنا يكنو ويكني

علق على الطلاق ونية الطلاق ليست بطلاق ولأن إيقاع الطلاق بالنية لايثبت إلا بأصل أو بالقياس على ماثبت بأصل وليس ههنا أصل ولا قياس على ماثبت بأصل فلم يثبت .

(فصل) والصريح ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح لأن الطلاق ثبت له عرف الشرع واللغة والسراح والفراق ثبت لها عرف الشرع فإنه وردبهما القرآن فإذا قال لامرأته أنت طالق أو طلقتك أو أنت مطلقة أو سرحتك أو أنت مسرحة أو فارقتك أو أنت مفارقة وقع الطلاق من غير نية فإن خاطبها بأحد هذه الألفاظ ثم قال أردت غيرها فسبق لساني إليها لم يقبل لأنه يدعى خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل مايدعيه وإن قال أنت طالق وقال أردت طلاقا من وثاق أو قال سرحتك وقال أردت تسريحا من اليد أو قال فارقتك وقال أردت فراقا بالجسم لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى خلاف مايقتضيه اللفظ فى العرف ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل مايدعيه فإن علمت المرأة صدقه فيما دين فيه الزوج جاز لها أن تقيم معه وإن رآهما الحاكم على الاجتماع ففيه وجهان أحدهما يفرق بينهما بحكم الظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم «أحكم بالظاهر والله عز وجل يتولى السرائر» والثانى لايفرق بينهما لأنهما على اجتماع يجوز إباحته فى الشرع وإن قال أنت طالق من وثاق أو سرحتك من اليد أو فارقتك بجسمى لم تطلق لأنه اتصل بالكلام مايصرف اللفظ عن حقيقته ولهذا إذا قال لفلان على عشرة إلا خمسة لم يلزمه عشرة وإذا قال لا إله إلا الله لم يجعل كافرا بابتداء كلامه وإن قال أنت طالق ثم قال قلته هازلا وقع الطلاق ولم يدين لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة» .

(فصل) قال فى الإملاء لو قال له رجل طلقت امرأتك فقال نعم طلقت عليه فى الحال لأن الجواب يرجع إلى السؤال فيصير كما لو قال طلقت ولهذا لو كان هذا جوابا عن دعوى لكان صريحا فى الإقرار وإن قال أردت به فى نكاح قبله فإن كان لما قاله أصل قبل منه لأن اللفظ يحتمله وإن لم يكن له أصل لم يقبل لأنه يسقط حكم اللفظ وإن قال له أطلقت امرأتك فقال له قد كان بعض ذلك وقال أردت أنى كنت علقت طلاقها بصفة قبل منه لأنه يحتمله اللفظ وإن قال لامرأته أنت طالق لولا أبوك لطلقتك لم تطلق لأن قوله أنت طالق لولا أبوك ليس بإيقاع طلاق وإنما هو يمين بالطلاق وأنه لولا أبوها لطلقها فتصير كما لو قال والله لولا أبوك لطلقتك .

(فصل) وأما الكناية فهى كثيرة وهى الألفاظ التى تشبه الطلاق وتدل على الفراق وذلك مثل قوله أنت بائن وخلية وبرية وبتة وبتلة وحرة وواحدة وبينى وابعدى واغربى واذهبى واستفلحى والحقى بأهلك وحبلك على غاربك واستبرى

(قوله طلاقا من وثاق) أوثقه بالوثاق إذا شده . ومنه قوله تعالى «فشدوا الوثاق» والوثاق بالكسر لغة فيه (قوله قلته هازلا) أى مازحا غير مجد . والهزل ضد الجد : هزل يهزل قال الكميت :

أرانا على حب الحياة وطولها يجد بنا فى كل يوم ونهزل

(قوله أنت بائن وخلية وبرية وبتة وبتلة) بائن مفارقة من البين وهو الفراق : وخلية أى خالية عن الزوج فارغة منه . وبرية أى برية عما يجب من حق الزوج وطاعته . وبتة وبتلة معناها كلاهما القطع وفى الحديث نهى عن التبتل أى الانقطاع عن النكاح . ومنه سميت البتول وهى المنقطعة عن الأزواج : وقوله تعالى «وتبتل إليه تبتيلا» انقطع انقطاعا . قال ثعلب سميت فاطمة البتول لانقطاعها عن نساء زمانها دينا وفضلا وحسبا (قوله حرة) أى لاملك للزوج فى بضعك كما لاملك فى رقبة الحرة وواحدة أى أنت فردة عن الزوج . وقيل معناه أنت ذات طلقة واحدة (قوله بينى واغربى) معناهما واحد وهو البعد والبين والفراق اغربى ابعدى يقال نوى غربة أى بعيدة (قوله استفلحى) الفلاح الفوز والنجاة أى فوزى بأمرك وقد نجوت منى فاستبدى برأيك : وقيل مأخوذ من الفلح وهو القطع أى استبدى به واقطعيه إليك من غير أن تنازعيه (قوله حبلك على غاربك) معناه امضى حيث شئت يعبر به عما لاذائد لها فإنها تذهب إذ لاممسك لها وأصله أن البعير إذا أطلق ترك حبله على غاربه : والغارب مابين السنام والعنق.

وتقنعى واعتدى وتزوجى وذوقى وتجرعى وما أشبه ذلك فإن خاطبها بشيء من ذلك ونوى به الطلاق وقع وإن لم ينو لم يقع لأنه يحتمل الطلاق وغيره فإذا نوى به الطلاق صار طلاقا وإذا لم ينو به الطلاق لم يصر طلاقا كالإمساك عن الطعام والشراب لما احتمل الصوم وغيره إذا نوى به الصوم صار صوما وإذا لم ينو به الصوم لم يصر صوما وإن قال أنا منك طالق أو جعل الطلاق إليها فقالت طلقتك أو أنت طالق فهو كناية يقع به الطلاق مع النية ولا يقع من غير نية لأن استعمال هذا اللفظ فى الزوج غير متعارف وإنما يقع به الطلاق مع النية من جهة المعنى فلم يقع به من غير نية كسائر الكنايات وإن قال له رجل ألك زوجة فقال لا فان لم ينو به الطلاق لم تطلق لأنه ليس بصريح وإن نوى به الطلاق وقع لأنه يحتمل الطلاق .

(فصل) واختلف أصحابنا فى الوقت الذى تعتبر فيه النية فى الكنايات فمنهم من قال إذا قارنت النية بعض اللفظ من أوله أو من آخره وقع الطلاق كما أن فى الصلاة إذا قارنت النية جزءا منها صحت الصلاة ومنهم من قال لا تصح حتى تقارن النية جميعها وهو أن ينوى ويطلق عقيبها وهو ظاهر النص لأن بعض اللفظ لا يصلح للطلاق فلم تعمل النية معه فأما الصلاة فلا تصح حتى تقارن النية جميعها بأن ينوى الصلاة ويكبر عقيبها ومتى خلا جزء من التكبير عن النية لم تصح صلاته .

(فصل) وأما ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق من الألفاظ . كقوله اقعدى واقربى واطعمى واسقينى وما أحسنك وبارك الله فيك وما أشبه ذلك فإنه لا يقع به الطلاق وإن نوى لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق فلو أوقعنا الطلاق لأوقعناه بمجرد النية وقد بينا أن الطلاق لا يقع بمجرد النية .

(فصل) واختلف أصحابنا فى قوله أنت الطلاق فمنهم من قال هو كناية فان نوى به الطلاق فهو طلاق لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق . وأقام المصدر مقام الفاعل كقوله تعالى «أرأيتم إن أصبح ماؤكم غورا» أراد غائرا وإن لم ينو لم يقع لأن قوله أنت الطلاق لا يقتضى وقوع الطلاق ومنهم من قال هو صريح ويقع به الطلاق من غير نية لأن لفظ الطلاق يستعمل فى معنى طالق والدليل عليه قول الشاعر :

أنوهت باسمى فى العالمين	وأفنيت عمرى عاما فعاما
فأنت الطلاق وأنت الطلاق	وأنت الطلاق ثلاثا تماما

وقال آخر :

فإن ترفقى ياهند فالرفق أيمن	وإن تخرقى ياهند فالخرق آلم
فأنت الطلاق والطلاق عزيمة	ثلاثا ومن يخرق أعق وأظلم
فبينى بها إن كنت غير رفيقة	فما لامرىء بعد الثلاثة مقادم

(فصل) واختلفوا فيمن قال لامرأته كلى واشربى ونوى الطلاق فمنهم من قال لا يقع وهو قول أبى إسحاق لأنه لا يدل على الطلاق فلم يقع به الطلاق كما لو قال أطعمينى واسقينى ومنهم من قال يقع وهو الصحيح لأنه يحتمل معنى الطلاق وهو أن يريد كلى ألم الفراق واشربى كأس الفراق فوقع به الطلاق مع النية كقوله ذوقى وتجرعى .

(فصل) إذا قال لامرأته اختارى أو أمرك بيدك فقالت اخترت لم يقع الطلاق حتى ينويا لأنه كناية لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلم يقع به الطلاق حتى يتفقا على نية الطلاق وإن قال اختارى ونوى اختيار الطلاق أو قال أمرك بيدك ونوى تمليك أمر الطلاق فقالت اخترت الزوج لم يقع الطلاق لما روت عائشة رضى الله عنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم تجعل ذلك طلاقا ولأن اختيار الزوج اختيار النكاح لا يحتمل غيره فلم يقع به الطلاق فان قالت اخترت نفسى لم يقع الطلاق حتى تنوى الطلاق لأنه يحتمل أن يكون معناه اخترت نفسى للنكاح ويحتمل اخترت نفسى للطلاق ولهذا لو صرحت به جاز فلم يقع به

(قوله وتقنعى) أى غطى رأسك أظن معناه استترى منى ولا يحل لى نظرك . وتجرعى يقال جرعه غصص الغيظ إذا أذاقه الشدة مما يكره (قوله إذا قارنت النية بعض اللفظ) يقال قرنت الشيء بالشيء إذا وصلته به . وأصله من قرن البعيرين إذا جمع بينهما فى حبل واحد ، والمطلق يجمع بين النية واللفظ (قوله أنوهت باسمى) يقال نوهت باسمه إذا رفعت ذكره ونوهته تنويها إذا رفعته (قوله أيمن) هو أفعل من اليمن وهو ضد الشؤم (قوله وأن تخرقى) هو وترفقى ضدان والرفق أن تأخذ الشيء بلطف وأناة ولين جانب ، والخرق أن تأخذه بعنف وشدة ويقال رجل أخرق وامرأة خرقاء

الطلاق من غير نية وإن قالت اخترت الأزواج ونوت الطلاق ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحق أنه لا يقع لأن الزوج من الأزواج والثاني يقع وهو الأظهر عندي لأنها لا تحل للأزواج إلا بمفارقته كما لو قال لها الزوج تزوجي ونوى به الطلاق وإن قالت اخترت أبوي ونوت الطلاق ففيه وجهان أحدهما لا يقع الطلاق لأن اختيار الأبوين لا يقتضي فراق الزوج والثاني أنه يقع لأنه يتضمن العود إليهما بالطلاق فصار كقوله الحقي بأهلك وإن قال لها أمرك بيدك ونوى به إيقاع الطلاق ففيه وجهان أحدهما لا يقع الطلاق لأنه صريح في تمليك الطلاق وتعليقه على قبولها فلم يجز صرفه إلى الإيقاع والثاني أنه يقع لأن اللفظ يحتمل الايقاع فهو كقوله حبلك على غاربك :

(فصل) إذا قال لامرأته أنت علي حرام ونوى به الطلاق فهو طلاق لأنه يحتمل التحريم بالطلاق وإن نوى به الظهار فهو ظهار لأنه يحتمل التحريم بالظهار ولا يكون ظهارا ولا طلاقا من غير نية لأنه ليس بصريح في واحد منهما وإن نوى تحريم عينها لم تحرم لما روى سعيد بن جبير قال جاء رجل إلى ابن عباس رضي الله عنه فقال إني جعلت امرأتي علي حراما قال كذبت ليست عليك بحرام ثم تلا يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم إلى آخر الآية ويجب عليه بذلك كفارة يمين لأن النبي صلى الله عليه وسلم حرم مارية القبطية أم إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله عز وجل يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم والله مولاكم فوجبت الكفارة في الأمة بالآية وقسنا الحرة عليها لأنها في معناها في تحليل البضع وتحريمه وإن قال أنت علي حرام ولم ينو شيئا ففيه قولان أحدهما يجب عليه الكفارة فعلى هذا يكون هذا اللفظ صريحا في إيجاب الكفارة لأن كل كفارة وجبت بالكناية مع النية كان لوجوبها صريح ككفارة الظهار والثاني لا يجب فعلى هذا لا يكون هذا اللفظ صريحا في شيء لأن ما كان كناية في جنس لا يكون صريحا في ذلك الجنس ككنايات الطلاق وإن قال لأمته أنت علي حرام فإن نوى به العتق كان عتقا لأنه يحتمل أنه أراد تحريمها بالعتق وإن نوى الظهار لم يكن ظهارا لأن الظهار لا يصح من الأمة وإن نوى تحريم عينها لم تحرم ووجب عليه كفارة يمين لما ذكرناه وإن لم يكن له نية ففيه طريقان من أصحابنا من قال يجب عليه الكفارة قولا واحدا لعموم الآية ومنهم من قال فيه قولان كالقولين في الزوجة لما ذكرناه وإن كان له نسوة أو إماء فقال أنتن علي حرام ففي الكفارة قولان أحدهما يجب لكل واحدة كفارة والثاني يجب كفارة واحدة كالقولين فيمن ظاهر من نسوة وإن قال لامرأته أنت علي كالميتة والدم فإن نوى به الطلاق فهو طلاق وإن نوى به الظهار فهو ظهار وإن نوى به تحريمها لم تحرم وعليه كفارة يمين لما ذكرناه في لفظ التحريم وإن لم ينو شيئا فإن قلنا إن لفظ التحريم صريح في إيجاب الكفارة لزمته الكفارة لأن ذلك كناية عنه وإن قلنا إنه كناية لم يلزمه شيء لأن الكناية لا يكون لها كناية :

(فصل) إذا كتب طلاق امرأته بلفظ صريح ولم ينو لم يقع الطلاق لأن الكتابة تحتمل إيقاع الطلاق وتحتمل امتحان الخط فلم يقع الطلاق بمجردها وإن نوى بها الطلاق ففيه قولان قال في الاملاء لا يقع به الطلاق لأنه فعل ممن يقدر على القول فلم يقع به الطلاق كالاشارة وقال في الأم هو طلاق وهو الصحيح لأنها حروف يفهم منها الطلاق فجاز أن يقع بها الطلاق كالنطق فإذا قلنا بهذا فهل يقع بها الطلاق من الحاضر والغائب فيه وجهان أحدهما أنه يقع بها إلا في حق الغائب لأنه جعل في العرف لإفهام الغائب كما جعلت الاشارة لإفهام الأخرس ثم لا يقع الطلاق بالاشارة إلا في حق الأخرس وكذلك لا يقع الطلاق بالكتابة إلا في حق الغائب والثاني أنه يقع بها من الجميع لأنها كناية فاستوى فيها الحاضر والغائب كسائر الكنايات :

(فصل) فإن أشار إلى الطلاق فإن كان لا يقدر على الكلام كالأخرس صح طلاقه بالاشارة وتكون إشارته صريحا لأنه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالاشارة وحاجته إلى الطلاق كحاجة غيره فقامت الاشارة مقام العبارة وإن كان قادرا على الكلام لم يصح طلاقه بالاشارة لأن الاشارة إلى الطلاق ليست بطلاق إنما قامت مقام العبارة في حق الأخرس لموضع الضرورة ولا ضرورة ههنا فلم تقم مقام العبارة :

(قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) هي تفعلة تحللة من الحلال فأدغمت، أي يحل بها ما كان حرم (قوله امتحان الخط) اختباره يقال محنته وامتحنته والاسم المحنة

(باب عدد الطلاق والاستثناء فيه)

إذا خاطب امرأته بلفظ من ألفاظ الطلاق كقوله أنت طالق أو بائن أو بتة أو ما أشبهها ونوى طلقتين أو ثلاثا وقع لما روى أن ركانة ابن عبد يزيد قال يارسول الله إني طلقت امرأتي سهيمة البتة والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال ركانة والله ما أردت إلا واحدة فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه فدل على أنه لو أراد ما زاد على واحدة لوقع ولأن اللفظ يحتمل العدد بدليل أنه يجوز أن يفسره به وهو أن يقول أنت طالق طلقتين أو ثلاثا أو بائن بطلقتين وثلاث وما احتمله اللفظ إذا نواه وقع به الطلاق كالكناية وإن قال أنت واحدة ونوى طلقتين أو ثلاثا ففيه وجهان أحدهما يقع لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق واحدة مع واحدة أو مع اثنتين والثاني لا يقع ما زاد على واحدة لأنه صريح في واحدة ولا يحتمل ما زاد فلو أوقعنا ما زاد لكان إيقاع طلاق بالنية من غير لفظ وذلك لا يجوز وإن قال لها اختاري وقالت المرأة اخترت ... فقا على عدد ونوياه وقع ما نوياه وإن اختلفا فنوى أحدهما طلقة ونوى الآخر ما زاد لم يقع ما زاد على طلقة لأن الطلاق يفتقر إلى تمليك الزوج وإيقاع المرأة وإذا نوى أحدهما طلقة ونوى الآخر ما زاد لم يقع لأنه لم يوجد الإذن والايقاع إلا في طلقة فلم يقع ما زاد.

(فصل) وإن قال أنت وأشار بثلاث أصابع ونوى الطلاق الثلاث لم يقع شيء لأن قوله أنت ليس من ألفاظ الطلاق فلو أوقعنا الطلاق لكان بالنية من غير لفظ وإن قال أنت طالق هكذا وأشار بثلاث أصابع وقع الثلاث لأن الاشارة بالأصابع مع قوله هكذا بمنزلة النية في بيان العدد وإن قال أردت بعدد الاصبعين المقبوضتين قبل لأنه يحتمل ما يدعيه وإن قال أنت طالق وأشار بالأصابع ولم يقل هكذا وقال أردت واحدة ولم أرد العدد قبل لأنه يحتمل ما يدعيه.

(فصل) وإن قال أنت طالق واحدة في اثنتين نظرت فان نوى طلقة واحدة مع اثنتين وقعت ثلاث لأن «في» تستعمل بمعنى مع والدليل عليه قوله عز وجل فادخلي في عبادي وادخلي جنتي والمراد مع عبادي فان لم يكن له نية نظرت فان لم يعرف الحساب ولا نوى مقتضاه في الحساب طلقت طلقة واحدة بقوله أنت طالق ولا يقع بقوله في اثنتين شيء لأنه لا يعرف مقتضاه فلم يلزمه حكمه كالأعجمي إذا طلق بالعربية وهو لا يعرف معناه وإن نوى مقتضاه في الحساب ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي بكر الصيرفي أنه يقع طلقتان لأنه أراد موجبه في الحساب وموجبه في الحساب طلقتان والثاني وهو المذهب أنه لا يقع إلا طلقة واحدة لأنه إذا لم يعلم مقتضاه لم يلزمه حكمه كالأعجمي إذا طلق بالعربية وهو لا يعلم وقال أردت مقتضاه في العربية فان كان عالما بالحساب نظرت فان نوى موجبه في الحساب طلقت طلقتين لأن موجبه في الحساب طلقتان وإن قال أردت واحدة في اثنتين باقيتين طلقت واحدة لأنه يحتمل ما يدعيه كقوله له عندي ثوب في منديل وأراد في منديل لي وإن لم يكن له نية فالمنصوص أنها تطلق طلقة لأن هذا اللفظ غير متعارف عند الناس ويحتمل طلقة في طلقتين واقعتين ويحتمل طلقة في طلقتين باقيتين فلا يجوز أن يوقع بالشك وقال أبو إسحق يحتمل أن تطلق طلقتين لأنه عالم بالحساب ويعلم أن الواحدة في اثنتين طلقتان في الحساب.

(فصل) وإن قال أنت طالق طلقة بل طلقتان ففيه وجهان أحدهما يقع طلقتان كما إذا قال له على درهم بل درهمان لزمه درهمان والثاني يقع الثلاث والفرق بينه وبين الاقرار أن الاقرار إخبار يحتمل التكرار فجاز أن يدخل الدرهم في الخبرين والطلاق إيقاع فلا يجوز أن يوقع الطلاق الواحد مرتين فحمل على طلاق مستأنف ولهذا لو أقر بدرهم في يوم ثم أقر بدرهم في يوم آخر لم يلزمه إلا درهم ولو طلقها في يوم ثم طلقها في يوم آخر كانتا طلقتين.

(فصل) وإن قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث لأن الجميع صادف الزوجية فوقع الجميع كما لو قال ذلك للمدخول بها وإن قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق ولم يكن له نية وقعت الأولى دون الثانية والثالثة وحكى عن الشافعي رحمه الله في القديم أنه قال يقع الثلاث فمن أصحابنا من جعل ذلك قولا واحدا وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأن الكلام إذا لم ينقطع ارتبط

(قوله الاستثناء) والمثنوية والثنية كله مأخوذ من الثني وهو الرد والكف كذا ذكره الهروي: وقيل أصله من قولك ثنيت وجه فلان إذا عطفته وصرفته: وثنى فلان وجوه الخيل إذا كفها وردها وقوله تعالى يثنون صدورهم معناه يسرون عداوة النبي عليه الصلاة والسلام ويردونها بما أظهروا من الاسلام (قوله صادف الزوجية) أي وجدها يقال صادفت فلانا أي وجدته وصدف عنه أعرض.

بعضه ببعض فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثا وقال أكثر أصحابنا لا يقع أكثر من طلقة وما حكى عن القديم إنما هو حكاية عن مالك رحمه الله ليس بمذهب له لأنه تقدمت الأولى فبانت بها فلم يقع مابعدها ؛

(فصل) وإن قال للمدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق نظرت فان كان أراد به التأكيد لم يقع أكثر من طلقة لأن التكرار يحتمل التأكيد وإن أراد الاستئناف وقع بكل لفظة طلقة لأنه يحتمل الاستئناف وإن أراد بالثانى التأكيد وبالثالث الاستئناف وقع طلقتان وإن لم يكن له نية ففيه قولان قال فى الإملاء يقع طلقة لأنه يحتمل التكرار والاستئناف فلا يقع مازاد على طلقة بالشك وقال فى الأم يقع الثلاث لأن اللفظ الثانى والثالث كاللفظ الأول فإذا وقع بالأول طلاق وجب أن يقع بالثانى والثالث مثله وأما إذا غاير بينها فى الحروف بأن قال أنت طالق وطالق ثم طالق ولم يكن له نية وقع بكل لفظة طلقة لأن المغايرة بينها باللفظ تسقط حكم التأكيد فان ادعى أنه أراد التأكيد لم يقبل فى الحكم لأنه يخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل مايدعيه وإن قال أنت طالق وطالق وطالق وقع بالأول طلقة وبالثانى طلقة لتغاير اللفظين ويرجع فى الثالث إليه لأنه لم يغاير بينه وبين الثانى فهو كقوله أنت طالق أنت طالق وإن غاير بين الألفاظ ولم يغاير بالحروف بأن قال أنت طالق أنت مسرحة أنت مفارقة ففيه وجهان أحدهما أن حكمه حكم المغايرة فى الحروف لأنه إذا تغير الحكم بالمغايرة بالحروف فلأن تغير بالمغايرة فى لفظ الطلاق أولى والثانى أن حكمه حكم اللفظ الواحد لأن الحروف هى العاملة فى اللفظ وبها يعرف الاستئناف ولم توجد المغايرة فى الحروف ؛

(فصل) وإن قال أنت طالق بعض طلقة وقعت طلقة لأن مالا يتبعض من الطلاق كان تسمية بعضه كتسمية جميعه كما لو قال بعضك طالق وإن قال أنت طالق نصفى طلقة وقعت طلقة لأن نصفى طلقة هى طلقة وإن قال أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة ففيه وجهان أحدهما أنه يقع طلقتان لأن ثلاثة أنصاف طلقة طلقة ونصف فكمل النصف فصار طلقتين والثانى تطلق طلقة لأنه أضاف الأنصاف الثلاثة إلى طلقة وليس للطلقة إلا نصفان فألغى النصف الثالث وإن قال أنت طالق نصفى طلقتين وقعت طلقتان لأنه يقع من كل طلقة نصفها ثم يسرى فيصير طلقتين وإن قال أنت طالق نصف طلقتين ففيه وجهان أحدهما تقع طلقة واحدة لأن نصف الطلقتين طلقة والثانى أنه تقع طلقتان لأنه يقتضى النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل النصفان فيصير الجميع طلقتين وإن قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت واحدة لأنها أجزاء الطلقة وإن قال أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة وقع ثلاث طلقات لأن بدخول حروف العطف وقع بكل جزء طلقة وسرى إلى الباقى وإن قال أنت نصف طالق طلقت كما لو قال نصفك طالق وإن قال أنت نصف طلقة ففيه وجهان أحدهما أنه كناية فلا يقع به طلاق من غير نية والثانى أنه صريح فيقع به طلقة بناء على الوجهين فيمن قال لامرأته أنت الطلاق ؛

(فصل) وإن كان له أربع نسوة فقال أوقعت عليكن أو بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة لأنه يخص كل واحدة منهن ربع طلقة وتكمل بالسراية وإن قال أوقعت عليكن أو بينكن طلقتين أو ثلاثا أو أربعا وقع على كل واحدة طلقة لأنه إذا قسم بينهن لم يزد نصيب كل واحدة منهن على طلقة وإن قال أردت أن يقع على كل واحدة من الطلقتين وقع على كل واحدة طلقتان وإن قال أردت أن يقع على كل واحدة من الثلاث الطلقات وقع على كل واحدة ثلاث طلقات لأنه مقر على نفسه بما فيه تغليظ واللفظ محتمل له وإن قال أوقعت عليكن خمسا وقع على كل واحدة طلقتان لأنه يصيب كل واحدة طلقة وربع وكذلك إن قال أوقعت عليكن ستا أو سبعا أو ثمانيا وإن قال أوقعت عليكن تسعا طلقت كل واحدة ثلاثا وإن قال أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة طلقت كل واحدة ثلاثا لأنه لما عطف وجب أن يقسم كل جزء من ذلك بينهن ثم يكمل ؛

(فصل) وإن قال أنت طالق ملء الدنيا أو أنت طالق أطول الطلاق أو أعرضه وقعت طلقة لأن شيئا من ذلك لا يقتضى العدد وقد تتصف الطلقة الواحدة بذلك كله ؛

(فصل) وإن قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه وقعت طلقة لأنه قد تكون الطلقة أشد وأغلظ عليه لتعجلها أو لحبه لها أو لحبها له فلم يقع مازاد بالشك وإن قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثره وقع الثلاث لأنه كل الطلاق وأكثره ؛

(فصل) وإن قال للمدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة طلقت طلقتين لأن الجميع يصادف الزوجية وإن قال أردت بعدها طلقة

(قوله غاير بين الألفاظ) أى خالف بينها فجعل الثانى غير الأول : تغايرت الأشياء اختلفت

أوقعها لم يقبل فى الحكم لأن الظاهر أنه طلاق ناجز ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل مايدعيه وإن قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة وقعت طلقتان وفى كيفية وقوع ماقبلها وجهان قال أبو على بن أبى هريرة يقع مع التى أوقعها لأن إيقاعه افيما قبلها إيقاع طلاق فى زمان ماض فلم يعتبر كما لو قال أنت طالق أمس وقال أبو إسحاق يقع قبلها اعتبارا بموجب لفظه كما لو قال أنت طالق قبل موتى بشهر ثم مات بعد شهر ويخالف قوله أنت طالق أمس لأنا لو أوقعناه فى أمس تقدم الوقوع على الإيقاع وههنا يقع الطلاق بعد الايقاع وإن قال أردت بقولى قبلها طلقة فى نكاح قبله فإن كان لما قاله أصل قبل منه لأنه يحتمل مايدعيه وإن لم يكن له أصل لم يقبل منه لأنه لايحتمل مايدعيه :

(فصل) وإن قال لها أنت طالق طلقة قبلها طلقة وبعدها طلقة طلقت ثلاثا على ماذكرناه وإن قال لها أنت طالق طلقة وبعدها طلقة طلقت ثلاثا لأنه يقع بقوله أنت طالق طلقة وقع قبلها نصف طلقة وبعدها نصف طلقة ثم يكمل النصفان فيصير الجميع ثلاثا :

(فصل) وإن قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة لم تقع الثانية لأنها بائن بالأولى فلم تقع الثانية وإن قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة ففيه وجهان أحدهما لاتطلق لأن وقوع طلقة عليها يوجب وقوع طلقة قبلها ووقوع ماقبلها يمنع وقوعها فيتعاباالدور وسقطا والثانى وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنها تطلق ليس شىء لأن وقوع طلقة قبلها ماقبلها يوجب إسقاطها وإسقاط ماقبلها فوجب إثباتها وإسقاط ماقبلها وإن قال أنت طالق طلقة معها طلقة ففيه وجهان أحدهما أنها تطلق واحدة وهو قول المزنى لأنه أفردها فجاز كما لو قال أنت طالق واحدة بعدها واحدة والوجه الثانى أنها تطلق طلقتين لأنهما يجتمعان فى الوقوع فلاتتقدم إحداها على الأخرى فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين وإن قال أنت طالق طلقتين ونصفا طلقت طلقتين لأنه جمع بين الطلقتين فى الايقاع فبانت بهما ثم أوقع النصف بعد ما بانت فلم يقع .

(فصل) إذا قال لامرأته أنت طالق طلقة لاتقع عليك طلقت لأنه أوقع الطلاق ثم أراد رفعه والطلاق إذا وقع لم يرتفع وإن قال أنت طالق أولا لم تطلق لأنه ليس بإيقاع .

(فصل) ويصح الاستثناء فى الطلاق لأنه لغة العرب ونزل به القرآن وحروفه إلا وغير وسوى وخلا وعدا وحاشى فإذا قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقة وقعت طلقتان وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقتين وقعت طلقة وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا طلقت ثلاثا لأن الاستثناء يرفع المستثنى منه فيسقط وبقى الثلاث وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقتين وطلقة ففيه وجهان أحدهما يقع الثلاث لأنه استثنى ثلاثا من ثلاث والثانى تقع طلقة لأن الاستثناء الثانى هو الباطل فسقط وبقى الاستثناء الأول وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا نصف طلقة طلقت ثلاثا لأنه يبقى طلقتان ونصف ثم يسرى النصف إلى الباقى فيصير ثلاثا وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقة وطلقة وقعت طلقة لأن المعطوف على الاستثناء مضموم إلى الاستثناء ولهذا إذا قال له على مائة إلا خمسة وعشرين ضمت الخمسة إلى العشرين فى الاستثناء ولزمه مابقى وإن قال أنت طالق طلقة وطلقة إلا طلقة ففيه وجهان أحدهما تطلق طلقة لأن الواو فى الاسمين المنفردين كالتثنية فيصير كما لو قال أنت طالق طلقتين إلا طلقة والثانى وهو المنصوص أنها تطلق طلقتين لأن الاستثناء يرجع إلى مايليه وهو طلقة واستثناء طلقة من طلقة باطل فسقط وبقى طلقتان وإن قدم الاستثناء على المستثنى منه بأن قال أنت إلا واحدة طالق ثلاثا فقد قال بعض أصحابنا إنه لايصح الاستثناء فيقع الثلاث لأن الاستثناء جعل لاستدراك ماتقدم من كلامه ويحتمل عندى أنه يصح الاستثناء فيقع طلقتان لأن التقديم والتأخير فى ذلك لغة العرب قال الفرزدق يمدح هشام ابن إبراهيم بن المغيرة خال هشام بن عبد الملك :

وما مثله فى الناس إلا مملكا   أبو أمه حى أبوه يقاربه

تقديره وما مثله فى الناس حى يقاربه إلا مملكا أبو أمه أبو الممدوح :

(فصل) ويصح الاستثناء من الاستثناء لقوله عز وجل «إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته» فاستثنى آل لوط من المجرمين واستثنى من آل لوط امرأته وإذا قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقتين إلا طلقة طلقت طلقتين لأن تقديره

(قوله إلا مملكا) المملك الملك . يقال ملكه المال والملك فهو مملك

أنت طالق ثلاثا إلا طلقتين فلا يقعان إلا طلقة فتقع وإن قال أنت طالق خمساً إلا ثلاثا ففيه وجهان أحدهما أنها تطلق ثلاثا لأنه لا يقع من الخمس إلا الثلاث فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا والثانى أنها تطلق طلقتين لأنه لما وصل بالاستثناء علم أنه قصد الحساب وإن قال أنت طالق خمسا إلا اثنتين طلقت على الوجه الأول طلقة وعلى الوجه الثانى تطلق ثلاثا وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا اثنتين ففيه ثلاثة أوجه أحدها يقع الثلاث لأن الاستثناء الأول رفع المستثنى منه فيبطل والاستثناء الثانى فرع عليه فسقط وبقى الثلاث والثانى تطلق طلقتين لأنه لما وصله بالاستثناء صار كأنه أثبت ثلاثا ونفى ثلاثا ثم أثبت اثنتين والثالث تقع طلقة لأن الاستثناء الأول لا يصح فسقط وبقى الاستثناء الثانى فيصير كما لو قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقتين

(فصل) وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا أن يشاء أبوك واحدة وقال أبوها شئت واحدة لم تطلق لأن الاستثناء من الاثبات نفى فيصير تقديره أنت طالق ثلاثا إلا أن يشاء أبوك واحدة فلا يقع طلاق :

(فصل) وإن قال امرأتى طالق أو عبدى حر أو لله على كذا أو والله لأفعلن كذا إن شاء الله أو بمشيئة الله أو ما لم يشأ الله لم يصح شيء من ذلك لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين ثم قال إن شاء الله كان له ثنياً وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث ولأنه علق هذه الأشياء على مشيئة الله تعالى ومشيئته لا تعلم فلم يلزم بالشك شيء وإن قال أنت طالق إلا أن يشاء الله ففيه وجهان أحدهما لا تطلق لأنه مقيد بمشيئة الله تعالى فأشبه إذا قال أنت طالق إن شاء الله والثانى وهو المذهب أنها تطلق لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة الله تعالى ومشيئة الله لا تعلم فسقط حكم رفعه وبقى حكم ثبوته ويخالف إذا قال أنت طالق إن شاء الله فإنه علق الوقوع على مشيئة الله تعالى .

(فصل) ولا يصح الاستثناء فى جميع ما ذكرناه إلا أن يكون متصلا بالكلام فإن انفصل عن الكلام من غير عذر لم يصح لأن العرف فى الاستثناء أن يتصل بالكلام فإن انفصل لضيق النفس صح الاستثناء لأنه كالمتصل فى العرف ولا يصح إلا أن يقصد إليه فأما إذا كانت عادته فى كلامه أن يقول إن شاء الله فقال إن شاء الله على عادته لم يكن استثناء لأنه لم يقصده واختلف أصحابنا فى وقت نية الاستثناء فمنهم من قال لا يصح إلا أن يكون ينوى ذلك من ابتداء الكلام ومنهم من قال إذا نوى قبل الفراغ من الكلام جاز :

(فصل) إذا قال يازانية أنت طالق إن شاء الله أو أنت طالق يازانية إن شاء الله رجع الاستثناء إلى الطلاق ولا يرجع إلى قوله يازانية لأن الطلاق إيقاع فجاز تعليقه بالمشيئة وقوله يازانية صفة فلا يصح تعليقها بالمشيئة ولهذا يصح أن يقول أنت طالق إن شاء الله ولا يصح أن يقول أنت زانية إن شاء الله وإن كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال حفصة وعمرة طالقان إن شاء الله لم تطلق واحدة منهما وإن قال حفصة طالق وعمرة طالق إن شاء الله فقد قال بعض أصحابنا تطلق حفصة ولا تطلق عمرة لأن الاستثناء يرجع إلى ما يليه وهو طلاق عمرة ويحتمل عندى أن لا تطلق واحدة منهما لأن المجموع بالواو كالجملة الواحدة :

(فصل) وإن طلق بلسانه واستثنى بقلبه نظرت فإن قال أنت طالق ونوى بقلبه إن شاء الله لم يصح الاستثناء ولم يقبل فى الحكم ولا يدين فيه لأن اللفظ أقوى من النية لأن اللفظ يقع به الطلاق من غير نية والنية لا يقع بها الطلاق من غير لفظ فلو أعملنا النية لرفعنا القوى بالضعيف وذلك لا يجوز كنسخ الكتاب بالسنة وترك النص بالقياس وإن قال نسائى طوالق واستثنى بالنية بعضهن دين فيه لأنه لا يسقط اللفظ بل يستعمله فى بعض ما يقتضيه بعمومه وذلك يحتمل فدين فيه ولا يقبل فى الحكم وقال أبو حفص الباب بشامى يقبل فى الحكم لأن اللفظ يحتمل العموم والخصوص وهذا غير صحيح لأنه وإن احتمل الخصوص إلا أن الظاهر العموم فلا يقبل فى الحكم دعوى الخصوص فإن قال امرأتى طالق ثلاثا واستثنى بقلبه إلا طلقة أو طلقتين لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى خلاف ما يقتضيه اللفظ وهل يدين فيه وجهان أحدهما يدين لأنه لا يسقط حكم اللفظ وإنما يخرج بعض ما يقتضيه فدين فيه كما لو قال نسائى طوالق واستثنى بالنية بعضهن والثانى لا يدين وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايينى رحمه الله لأنه يسقط ما يقتضيه

اللفظ بصريحه بما دونه من النية وإن قال لأربع نسوة أربعكن طالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل فى الحكم وهل يدين فيه وجهان أحدهما يدين والثانى لايدين ووجههما ماذكرناه فى المسألة قبلها .

(باب الشرط فى الطلاق)

إذا علق الطلاق بشرط لايستحيل كدخول الدار ومجيء الشهر تعلق به فإذا وجد الشرط وقع وإذا لم يوجد لم يقع لماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المؤمنون عند شروطهم ولأن الطلاق كالعتق لأن كل واحد منهما قوة وسراية ثم العتق إذا علق على شرط وقع بوجوده ولم يقع قبل وجوده فكذلك الطلاق فان علق الطلاق على شرط ثم قال عجلت ما كنت علقت على الشرط لم تطلق فى الحال لأنه تعلق بالشرط ولايتغير وإذا وجد الشرط طلقت وإن قال أنت طالق ثم قال أردت إذا دخلت الدار أو إذا جاء رأس الشهر لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى خلاف مايقتضيه اللفظ بظاهره ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يدعى صرف الكلام عن ظاهره إلى وجه يحتمله فدين فيه كما لو قال أنت طالق وادعى أنه أراد طلاقا من وثاق فإن قال أنت طالق إن دخلت الدار وقال أردت الطلاق فى الحال ولكن سبق لسانى إلى الشرط لزمه الطلاق فى الحال لأنه أقر على نفسه بما يوجب التغليظ من غير تهمة .

(فصل) والألفاظ التى تستعمل فى الشرط فى الطلاق من وإن وإذا ومتى وأى وقت وكلما. وليس فى هذه الألفاظ مايقتضى التكرار إلا قوله كلما فإنه يقتضى التكرار فإذا قال من دخلت الدار فهى طالق أو قال لامرأته إن دخلت الدار أو إذا دخلت الدار أو متى دخلت الدار أو أى وقت دخلت الدار فأنت طالق فوجد الدخول وقع الطلاق وإن تكرر الدخول لم يتكرر الطلاق لأن اللفظ لا يقتضى التكرار وإن قال كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت وإن تكرر الدخول تكرر الطلاق لأن اللفظ يقتضى التكرار .

(فصل) وإن كانت له امرأة لاسنة فى طلاقها ولا بدعة وهى الصغيرة التى لم تحض أو الكبيرة التى يئست من الحيض أو الحامل أو التى لم يدخل بها فقال لها أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت لوجود الصفة وإن قال أنت طالق للسنة أو للبدعة أو أنت طالق للسنة والبدعة طلقت لأنه وصفها بصفة لاتتصف بها فلغت الصفة وبقى الطلاق فوقع فإن قال للصغيرة أو الحامل أو التى لم يدخل بها أنت طالق للسنة أو أنت طالق للبدعة وقال أردت به إذا صارت من أهل سنة الطلاق أو بدعته طلقت فى الحال ولم يقبل مايدعيه فى الحكم لأن اللفظ يقتضى طلاقا ناجزا ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل مايدعيه وإن كانت له امرأة لها سنة وبدعة فى الطلاق وهى المدخول بها إذا كانت من ذوات الأقراء فقال لها أنت طالق للسنة فإن كانت فى طهر لم يجامعها فيه طلقت فى الحال لوجود الصفة وإن كانت فى حيض أو فى طهر جامعها فيه لم تطلق فى الحال لعدم الصفة وإذا طهرت من غير جماع طلقت لوجود الصفة وإن قال أنت طالق للبدعة فإن كانت حائضاً أو فى طهر جامعها فيه طلقت فى الحال لوجود الصفة وإن كانت فى طهر لم يجامعها فيه لم تطلق فى الحال لفقد الصفة فإذا جامعها أو حاضت طلقت لوجود الصفة وإن قال أنت طالق للسنة إن كنت فى هذه الحالة ممن يقع عليها طلاق السنة فإن كانت فى طهر لم يجامعها فيه طلقت لوجود الصفة وإن كانت حائضاً أو فى طهر جامعها فيه لم تطلق فى الحال لعدم الصفة وإن صارت فى طهر لم تجامع فيه لم تطلق أيضاً لأنه شرط أن تكون للسنة وأن تكون فى تلك الحال وذلك لايوجد بعد انقضاء الحال وإن قال لها أنت طالق للسنة وللبدعة أو أنت طالق طلقة حسنة قبيحة طلقت فى الحال طلقة لأنه لايمكن إيقاع طلقة على هاتين الصفتين فسقطت الصفتان وبقى الطلاق فوقع وإن قال أنت طالق طلقتين طلقة للسنة وطلقة للبدعة طلقت فى الحال طلقة فإذا صارت فى الحالة الثانية طلقت طلقة وإن قال أنت طالق طلقتين للسنة وللبدعة ففيه وجهان أحدهما يقع طلقة فى حال السنة وطلقة فى حال البدعة لأنه يمكن إيقاعها على الصفتين فلم يجز إسقاطهما والثانى يقع فى الحال طلقتان لأن الظاهر عود الصفتين إلى كل واحدة من الطلقتين وإيقاع كل واحدة منهما على الصفتين لايمكن فلغت الصفتان ووقعت الطلقتان وإن قال أنت طالق ثلاثا للسنة وقع الثلاث فى طهر لم يجامعها فيه لأن ذلك طلاق للسنة وإن قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة وقع فى الحال طلقتان لأن إضافة الطلاق إليهما يقتضى التسوية فيقع فى الحال طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقتين ويقع الباقى فى الحالة الأخرى وإن قال أردت بالبعض طلقة فى هذه الحال وطلقتين فى الحالة الأخرى ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة إنه لايقبل قوله فى

(ومن باب الشرط فى الطلاق) (قوله لايستحيل) أى لاينقلب وقد ذكرا

فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يدعى ما يتأخر به الطلاق فصار كما لو قال أنت طالق وادعى أنه راد إذا دخلت الدار والثانى وهو المذهب أنه يقبل فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأن البعض يقع على القليل والكثير حقيقة ويخالف دعوى دخول الدار فإن الظاهر إنجاز الطلاق فلم تقبل فى الحكم دعوى التأخير.

(فصل) وإن قال إن قدم فلان فأنت طالق فقدم وهى فى طهر لم يجامع فيه وقع الطلاق للسنة وإن قدم وهى حائض أو فى طهر جامعها فيه وقع طلاق بدعة إلا أنه لا يأثم لأنه لم يقصد كما إذا رمى صيدا فأصاب آدميا فقتله فإن القتل صادف محرما لكنه لم يأثم لعدم القصد وإن قال إن قدم فلان فأنت طالق للسنة فقدم وهى فى حال السنة طلقت وإن قدم وهى فى حال البدعة لم تطلق حتى تصير إلى حال السنة لأنه علقه بعد القدوم بالسنة.

(فصل) وإن قال أنت طالق أحسن الطلاق وأكمله وأعدله وما أشبهها من الصفات الحميدة طلقت للسنة لأنه أحسن الطلاق وأكمله وأعدله وإن قال أردت به طلاق البدعة واعتقدت أن الأعدل والأكمل فى حقها لسوء عشرتها أن تطلق للبدعة نظرت فإن كان ما يدعيه من ذلك أغلظ عليه بأن تكون فى الحال حائضا أو فى طهر جامعها فيه وقع طلاق بدعة لأن ما ادعاه أغلظ عليه واللفظ يحتمله فقبل منه وإن كان أخف عليه بأن كانت فى طهر لم يجامع فيه دين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل فى الحكم لأنه مخالف للظاهر فإن قال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه وما شبههما من صفات الذم طلقت فى حال البدعة لأنه أقبح الطلاق وأسمجه وإن قال أردت طلاق السنة واعتقدت أن طلاقها أقبح الطلاق وأسمجه لحسن دينها وعشرتها فإن كان ذلك أغلظ عليه لما فيه من تعجيل الطلاق قبل منه لأنه أغلظ عليه واللفظ يحتمله وإن كان أخف عليه لما فيه من تأخير الطلاق دين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل ولا يقبل فى الحكم لأنه مخالف للظاهر وإن قال أنت طالق طلاق الحرج طلقت للبدعة لأن الحرج فيما خالف السنة وأثم به.

(فصل) وإن قال لها وهى حائض إذا طهرت فأنت طالق طلقت بانقطاع الدم بالوجود الصفة وإن قال لها ذلك وهى طاهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر لأن إذا اسم للزمان المستقبل فاقتضى فعلا مستأنفا ولهذا لو قال لرجل حاضر إذا جئتنى فلك دينار لم يستحق بهذا الحضور حتى يغيب ثم يجيئه وإن قال لها وهى طاهر إن حضت فأنت طالق طلقت برؤية الدم وإن قال لها ذلك وهى حائض لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض لما ذكرناه فى الطهر فإن قال لها وهى حائض إن طهرت طهرا فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض لأنه لا يوجد طهر كامل إلا أن تطعن فى الحيض الثانى وإن قال لها ذلك وهى طاهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض لأن الطهر الكامل لا يوجد إلا بما ذكرناه وإن قال إن حضت حيضة فأنت طالق فإن كانت طاهرا لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر وإن كانت حائضا لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر لما ذكرناه فى الطهر.

(فصل) وإن قال أنت طالق ثلاثا فى كل قرء طلقة نظرت فإن كانت لها سنة وبدعة فى طلاقها نظرت فإن كانت طاهرا طلقت طلقة لأن ما بقى من الطهر قرء وإن كانت حائضا لم تطلق حتى تطهر ثم يقع فى كل طهر طلقة وإن لم يكن لها سنة ولا بدعة نظرت فإن كانت حاملا طلقت فى الحال طلقة لأن الحمل قرء يعتد به وإن كانت تحيض على الحمل لم تطلق فى أطهارها لأنها ليست بأقراء ولهذا لا يعتد بها فإن راجعها قبل الوضع وطهرت فى النفاس وقعت طلقة أخرى فإذا حاضت وطهرت وقعت الثالثة وإن كانت غير مدخول بها وقعت عليها طلقة وبانت فإن كانت صغيرة مدخولا بها طلقت فى الحال طلقة فإن لم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر بانت وإن راجعها لم تطلق فى الطهر بعد الرجعة لأنه هو الطهر الذى وقع فيه الطلاق.

(فصل) وإن قال إن حضت فأنت طالق فقالت حضت فصدقها طلقت وإن كذبها فالقول قولها مع يمينها لأنه لا يعرف الحيض إلا من جهتها وإن قال لها قد حضت فأنكرت طلقت بإقراره وإن قال إن حضت فضرتك طالق فقالت حضت فإن

(قوله أقبح الطلاق وأسمجه) معناهما واحد يقال سمج الشىء بالضم سماجة قبح فهو سمج (قوله فى كل قرء طلقة) القرء الحيض والقرء أيضا الطهر وهو من الأضداد وفيه لغتان قرء بالفتح وقرء بالضم وجمعه قروء وأقراء قال الشاعر:

مورثة مالا وفى الحى رفعة ... لما ضاع فيها من قروء نسائكا

وهو الوقت فقيل للحيض والطهر قرء لأنهما يرجعان لوقت معلوم، وأصله الجمع وكل شىء قرأته قد جمعته.

صدقها طلقت ضرتها وإن كذبها لم تطلق لأن قولها يقبل على الزوج فى حقها ولا يقبل على غيرها إلا بتصديق الزوج كالمودع يقبل قوله فى رد الوديعة على المودع ولا يقبل فى الرد على غيره. وإن قال إذا حضت فأنت وضرتك طالقان فقالت حضت فإن صدقها طلقتا وإن كذبها وحلفت طلقت هى ولم تطلق ضرتها وإن صدقتها الضرة على حيضها لم يؤثر تصديقها ولكن لها أن تحلف الزوج على تكذيبها وإن قال إذا حضتما فأنتما طالقان فإن قالتا حضنا فصدقهما طلقتا وإن كذبهما لم تطلق واحدة منهما لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض صاحبتها ولا يقبل قول كل واحدة منهما إلا فى حيضها فى حقها نفسها دون صاحبتها ولم يوجد الشرطان وإن صدق إحداهما وكذب الأخرى طلقت المكذبة لأنها غير مقبولة القول على صاحبتها ومقبولة القول فى حق نفسها وقد صدق الزوج صاحبتها فوجد الشرطان فى طلاقها فطلقت والمصدقة مقبولة القول فى حيضها فى حق نفسها وقد صدقها الزوج وقول صاحبتها غير مقبول فى حيضها فى طلاقها ولم يوجد الشرطان فى حقها فلم تطلق :

(فصل) وإن قال لامرأتين إن حضتما حيضة فأنتما طالقان ففيه وجهان أحدهما أن هذه الصفة لا تنعقد لأنه يستحيل اجتماعهما فى حيضة فيبطل والثانى أنهما إذا حاضتا وقع الطلاق لأن الذى يستحيل هو قوله حيضة فيلغى لاستحالتها ويبقى قوله إن حضتما فيصير كما لو قال إن حضتما فأنتما طالقتان وقد بينا حكمه :

(فصل) وإن قال لأربع نسوة إن حضتن فأنتن طوالق فقد علق طلاق كل واحدة منهن بأربع شرائط وهى حيض الأربع فإن قلن حضنا وصدقهن طلقن لأنه قد وجد حيض الأربع وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن لأنه لم يثبت حيض الأربع لأن قول كل واحدة منهن لا يقبل إلا فى حقها وإن صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لأنه لم يوجد الشرط وإن صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبة لأن قولها مقبول فى حيضها فى حق نفسها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الأربع فى حقها فطلقت ولا تطلق المصدقات لأن قول كل واحدة منهن مقبول فى حيضها فى حقها غير مقبول فى حق صواحبها وقد بقيت واحدة منهن مكذبة فلم تطلق لأجلها :

(فصل) وإن قال لهن كلما حاضت واحدة منكن فصواحبها طوالق فقد جعل حيض كل واحدة منهن صفة لطلاق البواقى فإن قلن حضنا فصدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثا لأن لكل واحدة منهن ثلاث صواحب تطلق بحيض كل صاحبة طلقة فطلقت كل واحدة منهن ثلاثا وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن لأن كل واحدة منهن وإن قبل قولها فى حقها إلا أنه لا يقبل فى حق غيرها وإن صدق واحدة وقع منهن على كل واحدة منهن طلقة لأن لكل واحدة منهن صاحبة ثبت حيضها ولا يقع على المصدقة طلاق لأنه ليس لها صاحبة ثبت حيضها وإن صدق اثنتين وقع على كل واحدة منهما طلقة لأن لكل واحدة منهما صاحبة ثبت حيضها ويقع على كل واحدة من المكذبتين طلقتان لأن لكل واحدة منهما صاحبتين ثبت حيضهما فإن صدق ثلاثا وقع على كل واحدة منهن طلقتان لأن لكل واحدة منهن صاحبتين ثبت حيضهما ووقع على المكذبة ثلاث تطليقات لأن لها ثلاث صواحب ثبت حيضهن :

(فصل) وإن قال لامرأته إن لم تكونى حاملا فأنت طالق لم يجز وطؤها قبل الاستبراء لأن الأصل عدم الحمل ووقوع الطلاق فإن لم يكن بها حمل طلقت وإن وضعت حملا لأقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق لم تطلق لأنا تيقنا أنها كانت حاملا عند العقد وإن وضعته لأكثر من أربع سنين طلقت طلقة لأنا تيقنا أنها لم تكن حاملا عند العقد وإن وضعته لما بين ستة أشهر وأربع سنين نظرت فإن لم يطأها الزوج فى هذه المدة لم يقع الطلاق لأنا حكمنا بأنها كانت حاملا عند العقد وإن كان وطئها نظرت فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت الوطء ولأكثر من ستة أشهر من وقت العقد لم يقع الطلاق لأنا حكمنا أنها كانت حاملا وقت العقد وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد والوطء جميعا ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحاق أنها تطلق لأنه يجوز أن يكون قبل الوطء ويجوز أن يكون حدث من الوطء والظاهر أنه حدث من الوطء لأن الأصل فيما قبل الوطء العدم والثانى وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنها لم تطلق لأنه يحتمل أن يكون موجودا عند العقد ويحتمل أن يكون حادثا من الوطء بعده

والأصل بقاء النكاح وإن قال لها إن كنت حاملا فأنت طالق فهل يحرم وطؤها قبل الاستبراء فيه وجهان أحدهما لا يحرم لأن الأصل عدم الحمل وثبوت الإباحة والثاني يحرم لأنه يجوز أن تكون حاملا فيحرم وطؤها ويجوز أن لا تكون حاملا فيحل وطؤها فغلب التحريم فإن استبرأها ولم يظهر الحمل فهي على الزوجية وإن ظهر الحمل نظر فإن وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق حكم بوقوع الطلاق لأنا تيقنا أنها كانت حاملا وقت العقد وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من وقت العقد لم تطلق لأنا علمنا أنها لم تكن حاملا وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين نظرت فإن كان الزوج لم يطأها طلقت لأنا حكمنا أنها كانت حاملا وقت العقد وإن وطئها نظرت فإن وضعته لدون ستة أشهر من وقت الوطء وقع الطلاق لأنا حكمنا أنها كانت حاملا وقت العقد وإن وضعته بعد ستة أشهر من بعد وطئه لم يقع الطلاق وجها واحدا لأنه يجوز أن يكون موجودا وقت العقد ويجوز أن يكون حدث بعده فلا يجوز أن يوقع الطلاق بالشك واختلف أصحابنا في صفة الاستبراء ووقته وقدره فذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله في الاستبراء في المسئلتين ثلاثة أوجه أحدها ثلاثة أقراء وهي أطهار لأنه استبراء حرة فكان بثلاثة أطهار والثاني بطهر لأن القصد براءة الرحم فلا يزاد على قرء واستبراء الحرة لا يجوز إلا بالطهر فوجب أن يكون طهرا والثالث أنه بحيضة لأن القصد من هذا الاستبراء معرفة براءة الرحم والذي يعرف به براءة الرحم الحيض وهل يعتد بالاستبراء قبل عقد الطلاق فيه وجهان أحدهما لا يعتد لأن الاستبراء لا يجوز أن يتقدم على سببه والثاني يعتد به لأن القصد معرفة براءة الرحم وذلك يحصل وإن تقدم ومن أصحابنا من قال في المسألة الثانية الاستبراء على ما ذكرناه لأن الاستبراء لاستباحة الوطء فأما في المسألة الأولى فلا يجوز الاستبراء بدون ثلاثة أطهار ولا يعتد بما وجد منه قبل الطلاق لأنه استبراء حرة الطلاق فلا يجوز بما دون ثلاثة أطهار ولا بما تقدم على الطلاق كالاستبراء في سائر المطلقات .

(فصل) إذا قال لامرأته إن ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا طلقت حيا كان أو ميتا لأن اسم الولد يقع على الجميع فإن ولدت آخر لم تطلق لأن اللفظ لا يقتضي التكرار وإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدين من حمل واحد بعد واحد طلقت بالأول ولم تطلق بالثاني وإن ولدت ثلاثة أولاد واحدا بعد واحد طلقت بالأول طلقة وبالثاني طلقة ولا يقع بالثالث شيء وحكى أبو علي بن خيران عن الاملاء قولا آخر أنه يقع بالثالث طلقة أخرى والصحيح هو الأول لأن العدة انقضت بالولد الأخير فوجدت الصفة وهي بائن فلم يقع بها طلاق كما لو قال إذا مت فأنت طالق وإن ولدت ثلاثة دفعة واحدة طلقت ثلاثا لأن صفة الثلاث قد وجدت وهي زوجة فوقع كما لو قال إن كلمت زيدا فأنت طالق وإن كلمت عمرا فأنت طالق وإن كلمت بكرا فأنت طالق فكلمتهم دفعة واحدة طلقت ثلاثا وإن قال إن ولدت ذكرا فأنت طالق طلقة واحدة وإن ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين فوضعت ذكرا وأنثى دفعة واحدة طلقت ثلاثا وإن وضعت أحدهما بعد الآخر وقع بالأول ما علق عليه ولم يقع بالثاني شيء لبينونتها بانقضاء العدة وهذا ظاهر وإن لم تعلم كيف وضعتهما طلقت طلقة لأنها يقين والورع أن يلتزم الثلاث وإن قال ياحفصة إن كان أول ما تلدين ذكرا فعمرة طالق وإن كان أنثى فأنت طالق فولدت ذكرا وأنثى دفعة واحدة لم تطلق واحدة منهما لأنه ليس فيهما أول وإن قال إن كان في بطنك ذكر فأنت طالق طلقة وإن كان في بطنك أنثى فأنت طالق طلقتين فوضعت ذكرا وأنثى طلقت ثلاثا لاجتماع الصفتين وإن قال إن كان حملك أو ما في بطنك ذكرا فأنت طالق فوضعت ذكرا وأنثى لم تطلق لأن الصفة أن يكون جميع ما في البطن ذكرا ولم يوجد ذلك .

(فصل) وإذا قال للمدخول بها إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان إحداهما بقوله أنت طالق والأخرى بوجود الصفة وإن قال لم أرد بقولي إذا طلقتك فأنت طالق عقد الطلاق بالصفة وإنما أردت أني إذا طلقتك تطلقين بما أوقع عليك من الطلاق لم يقبل قوله في الحكم لأن الظاهر أنه عقد طلاقا على صفة ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل

(قوله الاستبراء) هو الخلو من الولد . ومنه فلان بريء من الدين أي خلي لأنه يعرف به براءة الرحم (قوله والورع أن يلتزم الثلاث) الورع الكف عما لا يحل أخذه وورع الرجل تقي يقال ورع يرع بالكسر فيهما ورعا ورعة (قوله يدين) أي يوكل إلى دينه يقال دينت الرجل تديينا إذا وكلته إلى دينه : وقال شمر دينوه أي ملكوه أمره من قولك دنته أي ملكت أمره قال الحطيئة يهجو أمه:

لقد دينت أمر بنيك حتى ... تركتهم أدق من الطحين

وقيل يقلد أمره والأول أصح وقال الهروي أي يجعل ذلك إليه بغير بينة أي يلزمه من ذلك ما يلزمه نفسه في دينه من الاستحلال والتورع

مايدعيه وإن قال إن طلقتك فأنت طالق ثم قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار وقعت طلقتان إحداهما بدخول الدار والأخرى بوجود الصفة لأن الصفة أن يطلقها وإن علق طلاقها بدخول الدار فدخلت فقد طلقها وإن قال لها مبتدئا إن دخلت الدار فأنت طالق ثم قال إذا طلقتك فأنت طالق فدخلت الدار وقعت طلقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله إذا طلقتك فأنت طالق لأن هذا يقتضي ابتداء إيقاع بعد عقد الصفة وما وقع بدخول الدار ليس بابتداء إيقاع بعد عقد الصفة وإنما هو وقوع بالصفة السابقة لعقد الطلاق فإن قال إن طلقتك فأنت طالق ثم وكل من يطلقها فطلقها وقعت الطلقة التي أوقعها الوكيل ولا يقع ما عقده على الصفة لأن الصفة أن يطلقها بنفسه وإن قال إذا أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت فقد قال بعض أصحابنا إنها تطلق طلقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله إذا أوقعت عليك لأن قوله إذا أوقعت عليك يقتضي طلاقا يباشر إيقاعه وما يقع بدخول الدار يقع حكما قال الشيخ الإمام وعندي أنه يقع طلقتان إحداهما بدخول الدار والأخرى بالصفة كما قلنا فيمن قال إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار وإن قال كلما طلقتك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق طلقت طلقتين إحداهما بقوله أنت طالق والأخرى بوجود الصفة ولا تقع الثالثة بوقوع الثانية لأن الصفة إيقاع الطلاق والصفة لم تتكرر فلم يتكرر الطلاق .

(فصل) وإن قال إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان طلقة بقوله أنت طالق وطلقة بوجود الصفة وإن قال لها بعد هذا العقد أو قبله إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار طلقت طلقتين طلقة بدخول الدار وطلقة بوجود الصفة وإن وكل وكيلا بعد هذا العقد في طلاقها فطلقها ففيه وجهان أحدهما يقع ما أوقعه الوكيل ولا يقع ما علقه بالصفة كما قلنا فيمن قال إذا طلقتك فأنت طالق ثم وكل من يطلق والثاني أنه يقع طلقتان طلقة بإيقاع الوكيل وطلقة بالصفة لأن الصفة وقوع طلاق الزوج وما وقع بإيقاع الوكيل هو طلاق الزوج وإن قال إذا طلقتك فأنت طالق وإذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقع الثلاث طلقة بقوله أنت طالق وطلقتان بالصفتين وإن قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم أوقع عليها طلقة بالمباشرة أو بصفة عقدها قبل هذا العقد أو بعده طلقت ثلاثا واحدة بعد واحدة لأن بالطلقة الأولى توجد صفة الطلقة الثانية وبالثانية توجد صفة الطلقة الثالثة .

(فصل) وإن قال لغير المدخول بها إذا طلقتك فأنت طالق أو إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق أو كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق فوقعت عليها طلقة بالمباشرة أو بالصفة لم يقع غيرها لأنها تبين بها فلم يلحقها ما بعدها .

(فصل) وإن قال متى لم أطلقك أو أي وقت لم أطلقك فأنت طالق فهو على الفور فإذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق وقع الطلاق وإن قال إن لم أطلقك فأنت طالق فالمنصوص أنه على التراخي ولا يقع به الطلاق إلا عند فوات الطلاق وهو عند موت أحدهما وإن قال إذا لم أطلقك فأنت طالق فالمنصوص أنه على الفور فإذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فلم يطلق وقع الطلاق فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى فجعلهما على قولين ومنهم من حملهما على ظاهرهما فجعل قوله إن لم أطلقك على التراخي وجعل قوله إذا لم أطلقك على الفور وهو الصحيح لأن قوله إذا اسم لزمان مستقبل ومعناه أي وقت ولهذا يجاب به عن السؤال عن الوقت فيقال متى ألقاك فتقول إذا شئت كما تقول أي وقت شئت فكان على الفور كما لو قال أي وقت لم أطلقك فأنت طالق وليس كذلك إن فإنه لا يستعمل في الزمان ولهذا لا يجوز أن يقال متى ألقاك فتقول إن شئت وإنما يستعمل في الفعل ويجاب بها عن السؤال عن الفعل فيقال هل ألقاك فتقول إن شئت فيصير معناه إن فاتني أن أطلقك فأنت طالق والفوات يكون في آخر العمر وإن قال لها كلما لم أطلقك فأنت طالق فمضى ثلاثة أوقات لم تطلق فيها وقع عليها ثلاث طلقات واحدة بعد واحدة لأن معناه كلما سكت عن طلاقك فأنت طالق وقد سكت ثلاث سكتات .

(فصل) وإن قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها إن خرجت أو إن لم تخرجي أو إن لم يكن هذا كما قلت فأنت طالق طلقت لأنه حلف بطلاقها وإن قال إن طلعت الشمس أو إن جاء الحاج فأنت طالق لم يقع الطلاق حتى تطلع الشمس أو يجيء الحاج لأن اليمين ما قصد بها المنع من فعل أو الحث على فعل أو التصديق على فعل وليس في طلوع الشمس ومجيء الحاج

(قوله يباشر إيقاعه) أي يتولاه بنفسه بصريح نطقه بغير سبب ولا عقد صفة

منع ولاحث ولاتصديق وإنما هو صفة للطلاق فإذا وجدت وقع الطلاق بوجود الصفة وإن قال لها إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد هذا القول وقعت طلقة لأنه حلف بطلاقها فإن أعاد ثالثاً وقعت طلقة ثانية وإن أعاد رابعا وقعت طلقة ثالثة لأن كل مرة توجد صفة طلاق وتنعقد صفة أخرى وإن أعادها خامساً لم يقع طلاق لأنه لم يبق له طلاق ولاينعقد به يمين فى طلاق غيرها لأن اليمين بطلاق من لايملكها لاينعقد وإن كانت له امرأتان إحداهما مدخول بها والأخرى غير مدخول بها فقال إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ثم أعاد هذا القول طلقت المدخول بها طلقة رجعية وتطلق غير المدخول بها طلقة بائنة فإن أعاد لم تطلق واحدة منهما لأن غير المدخول بها بائن والمدخول بها لايوجد شرط طلاقها لأن شرط طلاقها أن يحلف بطلاقهما ولم يحلف بطلاقهما لأن غير المدخول بها لايصح الحلف بطلاقها ؛

(فصل) وإذا كان له أربع نسوة وعبيد فقال كلما طلقت امرأة من نسائى فعبد من عبيدى حر وكلما طلقت امرأتين فعبدان حران وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة أعبد أحرار وكلما طلقت أربعاً فأربعة أعبد أحرار ثم طلقهن فالمذهب أنه يعتق خمسة عشر عبدا لأن بطلاق الأولى يعتق عبد بوجود صفة الواحدة وبطلاق الثانية يعتق ثلاثة أعبد لأنه اجتمع صفتان طلاق الواحدة وطلاق اثنتين وبطلاق الثالثة يعتق أربعة أعبد لأنه اجتمع صفتان طلاق الواحدة وطلاق الثلاث وبطلاق الرابعة يعتق سبعة أعبد لأنه اجتمع ثلاث صفات طلاق الواحدة وطلاق اثنتين وطلاق أربع ومن أصحابنا من قال يعتق سبعة عشر عبدا لأن فى طلاق الثالثة ثلاث صفات طلاق واحدة وطلاق اثنتين بعد الواحدة وطلاق الثلاث ومنهم من قال يعتق عشرون عبدا فجعل فى الثلاث ثلاث صفات وجعل فى الأربع أربع صفات طلاق واحدة وطلاق اثنتين وطلاق ثلاث بعد الواحدة وطلاق أربع والجميع خطأ لأنهم عدوا الثانية مع ماقبلها من الاثنتين وعدوا الثالثة مع ماقبلها من الثلاث ثم عدوها مع مابعدها من الاثنتين والثلاث وهذا لايجوز لأن ماعد مرة فى عدد لايعد فى ذلك العدد مرة أخرى والدليل عليه أنه لو قال كلما أكلت نصف رمانة فعبد من عبيدى حر ثم أكل رمانة عتق عبدان لأن الرمانة نصفان ثم لايقال إنه يعتق ثلاثة لأنه إذا أكل نصف رمانة عتق عبد فإذا أكل الربع الثالث عتق عبد لأنه مع الربع الثانى نصف وإذا أكل الربع الرابع عتق عبد لأنه مع الربع الثالث نصف فكذلك ههنا وقال أبو الحسن بن القطان يعتق عشرة لأن الواحدة والاثنتين والثلاث والأربع عشر وهذا خطأ أيضا لأن قوله كلما طلقت يقتضى التكرار وقد وجد طلاق الواحدة أربع مرات وطلاق المرأتين مرتين وطلاق الثلاث مرة وطلاق الأربع مرة فأسقط ابن القطان اعتبار مايقتضيه اللفظ من التكرار فى المرأة والمرأتين وهذا لايجوز ؛

(فصل) إذا كان له أربع نسوة فقال أيتكن وقع عليها طلاقى فصواحبها طوالق ثم طلق واحدة منهن طلقن ثلاثا ثلاثا لأن طلاق الواحدة يوقع على كل واحدة منهن طلقة واحدة ووقوع هذه الطلقة على كل واحدة منهن يوقع الطلاق على صواحبها وهن ثلاث فطلقت كل واحدة منهن ثلاثا ؛

(فصل) وإن كان له امرأتان فقال لإحداها أنت طالق طلقة بل هذه ثلاثا وقع على الأولى طلقة وعلى الثانية ثلاث لأنه إذا أوقع على الأولى طلقة ثم أراد رفعها فلم يرتفع وأوقع على الثانية ثلاثا فوقعت وإن قال للمدخول بها أنت طالق واحدة لابل ثلاثا إن دخلت الدار فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبوبكر بن الحداد المصرى تطلق واحدة فى الحال ويقع بدخول الدار إتمام الثلاث لأنه نجز واحدة فوقعت وعلق ثلاثا على الشرط فوقع مابقى منها عند وجود الشرط ومن أصحابنا من قال يرجع الشرط إلى الجميع ولاتطلق حتى تدخل الدار لأن الشرط يعقب الإيقاعين فرجع إليهما ؛

(فصل) وإن قال لها أنت طالق إلى شهر ولم يكن له نية وقع الطلاق بعد الشهر لأن «إلى» تستعمل فى انتهاء الفعل كقوله تعالى «ثم أتموا الصيام إلى الليل» وتستعمل أيضا فى ابتداء الفعل كقولهم فلان خارج إلى شهر فلايقع الطلاق فى الحال مع الاحتمال كما لايقع بالكنايات من غير نية ؛

(فصل) وإن قال أنت طالق فى شهر رمضان طلقت برؤية الهلال فى أول الشهر وقال أبو ثور لاتطلق إلا فى آخر الشهر

(قوله نجز واحدة) أى عجلها، من أنجز الوعد

الشهر لتستوعب الصفة التي علق الطلاق عليها وهذا خطأ لأن الطلاق إذا علق على شيء وقع بأول جزء منه كما لو قال إذا دخلت الدار فأنت طالق فإنها تطلق بالدخول إلى أول جزء من الدار فإن قال أردت في آخر الشهر دين فيه لأنه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل في الحكم لأنه يؤخر الطلاق عن الوقت الذي يقتضيه وإن قال أنت طالق في أول الشهر وقع الطلاق في أول ليلة يرى فيها الهلال وإن قال أنت طالق في غرة الشهر طلقت في أوله فإن قال أردت اليوم الثاني أو الثالث دين لأن الثلاث من أول الشهر تسمى غررا ولا يقبل في الحكم لأنه يؤخر الطلاق عن أول وقت يقتضيه وإن قال أنت طالق في آخر الشهر طلقت في آخر يوم منه تاما كان الشهر أو ناقصا وإن قال أنت طالق في أول آخر رمضان ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس أنها تطلق في أول ليلة السادس عشر لأن آخر الشهر هو النصف الثاني وأوله أول ليلة السادس عشر والثاني أنها تطلق في أول اليوم الأخير من آخر الشهر لأن آخر الشهر هو اليوم الأخير فوجب أن تطلق في أوله وإن قال أنت طالق في آخر أول الشهر طلقت على الوجه الأول في آخر اليوم الخامس عشر وعلى الوجه الثاني تطلق في آخر اليوم الأول وإن قال أنت طالق في آخر أول آخر رمضان طلقت على الوجه الأول عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر لأن أول آخر الشهر ليلة السادس عشر وآخرها عند طلوع الفجر من يومها وعلى الوجه الثاني تطلق بغروب الشمس من آخر يوم منه لأن أول آخره إذا طلع الفجر من آخر يوم منه فكان آخره عند غروب الشمس وإن قال أنت طالق في أول آخر أول الشهر طلقت على الوجه الأول بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر لأن آخر أوله عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر فكان أوله طلوع فجره وعلى الوجه الآخر تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر لأن آخر أول الشهر غروب الشمس من أول يوم منه فكان أوله طلوع الفجر.

(فصل) وإن قال أنت طالق اليوم طلقت في الحال لأنه من اليوم وإن قال أنت طالق في غد طلقت بطلوع فجره وإن قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد لم تطلق لأنه لا يجوز أن تطلق اليوم لأنه لم يوجد شرطه وهو مجيء الغد ولا يجوز أن تطلق إذا جاء غد لأنه إيقاع طلاق في يوم قبله وإن قال أنت طالق اليوم غدا طلقت اليوم طلقة ولا تطلق غدا طلقة أخرى لأن طلاق اليوم تعين وقوله غدا يحتمل أن تكون طالقة بطلاقها اليوم فلا نوقع طلاقا بالشك وإن قال أردت طلقة في اليوم وطلقة في غد طلقت طلقتين لأن اللفظ يحتمل ما يدعيه وهو غير متهم فيه لما فيه عليه من التغليظ وإن قال أردت نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غدا طلقت طلقتين طلقة بالإيقاع وطلقة بالسراية وإن قال أردت نصف طلقة اليوم والنصف الباقي في غد ففيه وجهان أحدهما تطلق اليوم طلقة ولا تطلق غدا لأن النصف الباقي قد وقع في اليوم فلم يبق ما يقع غدا والثاني أنه يقع في اليوم الثاني طلقة أخرى لأن الذي وقع في اليوم بالسراية وبقي النصف الثاني فوقع في الغد فسرى وإن قال أنت طالق اليوم أو غدا ففيه وجهان أحدهما تطلق غدا لأنه يقين والثاني أنها تطلق اليوم لأنه جعل كل واحد منهما محلا للطلاق فتعلق بأولهما.

(فصل) إذا قال إذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق فرآه غيره طلقت لأن رؤية الهلال في عرف الشرع رؤية الناس والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ويجب الصوم والفطر برؤية غيره وإن قال أردت رؤيتي لم يقبل في الحكم لأنه يدعي خلاف الظاهر ويدين فيه لأنه يحتمل ما يدعيه فإن رآه بالنهار لم تطلق لأن رؤية هلال الشهر ما يراه في الشهر وهو بعد الغروب ولهذا لا يتعلق الصوم والفطر إلا بما يراه بعد الغروب وإن غم عليهم الهلال فعدوا شعبان ثلاثين يوما طلقت لأنه قد ثبتت الرؤية بالشرع فصار كما لو ثبتت بالشهادة وإن أراد رؤيته بعينه فلم يره حتى صار قمرا لم تطلق لأنه ليس بهلال حقيقة واختلف الناس فيما يصير به قمرا فقال بعضهم يصير قمرا إذا استدار وقال بعضهم إذا بهر ضوءه.

(فصل) إذا قال إذا مضت سنة فأنت طالق اعتبر مضي السنة بالأهلة لأنها هي السنة المعهودة في الشرع فإن كان العقد

(قوله لتستوعب الصفة) الاستيعاب الاستئصال. ومنه الحديث في الأنف إذا استوعب جدعا الدية (قوله الثلاث من أول الشهر تسمى غررا) جمع غرة وغرة كل شيء أوله وأكرمه. والعرب تسمي كل ثلاث من الشهر باسم: فتقول للثلاث الأول غرر ثم نفل ثم تسع ثم عشر وثلاث بيض وثلاث درع ثم ظلم ثم حنادس ثم دادي ثم محاق (قوله بهر ضوءه) يقال بهر القمر إذا أضاء حتى غلب ضوءه ضوء الكواكب، يقال قمر باهر

أول الشهر مضى اثنا عشر شهرا بالأهلة طلقت وإن كان فى أثناء الشهر حسب ما بقى من الشهر الهلالى فان بقى خمسة أيام عد بعدها أحد عشر شهرا بالأهلة ثم عد خمسة وعشرين يوما من الشهر الثانى عشر لأنه تعذر اعتبار الهلال فى شهر فعد شهرا بالعدد كما نقول فى الشهر الذى غم عليهم الهلال فى الصوم فان قال أردت سنة بالعدد وهى ثلثمائة وستون يوما أو سنة شمسية وهى ثلثمائة وخمسة وستون يوما لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى ما يتأخر به الطلاق عن الوقت الذى يقتضيه لأن السنة الهلالية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدس يوم ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل ما يدعيه وإن قال إذا مضت السنة فأنت طالق طلقت إذا مضت بقية سنة التاريخ وهو انسلاخ ذى الحجة قلت البقية أو كثرت لأن التعريف بالألف واللام يقتضى ذلك فان قال أردت سنة كاملة دين لأنه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل فى الحكم لأنه يدعى ما يتأخر به الطلاق عن الوقت الذى يقتضيه فان قال أنت طالق فى كل سنة طلقة حسبت السنة من حين العقد كما إذا حلف لا يكلم فلانا سنة جعل ابتداء السنة من حين اليمين وكما إذا باع بثمن مؤجل اعتبر ابتداء الأجل من حين العقد فإذا مضى من السنة بعد العقد أدنى جزء طلقت طلقة لأنه جعل السنة محلا للطلاق وقد دخل فيها فوقع كما لو قال أنت طالق فى شهر رمضان فدخل الشهر :

(فصل) وإن قال أنت طالق فى الشهر الماضى فالمنصوص أنها تطلق فى الحال وقال الربيع فيه قول آخر أنها لا تطلق وقال فيمن قال لامرأته إن طرت أو صعدت السماء فأنت طالق إنها لا تطلق واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو على بن خيران جوابه فى كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما تطلق لأنه علق الطلاق على صفة مستحيلة فألغيت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة ولا بدعة فى طلاقها أنت طالق للسنة أو للبدعة والثانى لا تطلق لأنه علق الطلاق على شرط ولم يوجد فلم يقع وقال أكثر أصحابنا إذا قال أنت طالق فى الشهر الماضى طلقت وإن قال إن طرت أو صعدت السماء فأنت طالق لم تطلق قولا واحدا وما قاله الربيع من تخريجه والفرق بينهما أن الطيران وصعود السماء لا يستحيل فى قدرة الله عز وجل وقد جعل لجعفر بن أبى طالب رضى الله عنه جناحان يطير بهما وقد أسرى برسول الله صلى الله عليه وسلم وإيقاع الطلاق فى زمان ماض مستحيل .

(فصل) وإن قال إن قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر فقدم زيد بعد شهر طلقت قبل قدومه بشهر لأنه إيقاع طلاق بعد عقده وإن قدم قبل شهر ففيه وجهان أحدهما أنه كالمسألة قبلها وهو إذا قال أنت طالق فى الشهر الماضى لأنه إيقاع طلاق قبل عقده والثانى وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يقع الطلاق ههنا قولا واحدا لأنه علق الطلاق على صفة وقد كان وجودها ممكنا فوجب اعتباره وإيقاع الطلاق فى زمان ماض غير ممكن فسقط اعتباره :

(فصل) وإن قال أنت طالق قبل موتى بشهر فمات قبل مضى شهر لم تطلق لتقدم الشرط على العقد وإن مضى شهر ثم مات عقيبه لم تطلق لأن وقوع الطلاق مع اللفظ وإن مضى شهر وجزء ثم مات طلقت فى ذلك الجزء وإن قال أنت طالق ثلاثا قبل قدوم زيد بشهر ثم خالعها بعد يومين أو ثلاثة وقدم زيد بعد هذا القول بأكثر من شهر لم يصح الخلع لأنها بانت بالطلاق فلم يصح الخلع بعده وإن قدم بعد الخلع بأكثر من شهر صح الخلع لأنه صادف الملك فلم يقع الطلاق بالصفة :

(فصل) وإن قال أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد فقدم ليلا لم تطلق لأنه لم يوجد الشرط وإن قال أردت باليوم الوقت قبل منه لأنه قد يستعمل اليوم فى الوقت كما قال الله عز وجل ومن يولهم يومئذ دبره وهو غير متهم فيه فقبل منه وإن ماتت المرأة فى أول اليوم الذى قدم زيد فى آخره فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو بكر بن الحداد المصرى يقع الطلاق لأنه إذا قال أنت طالق فى يوم السبت طلقت بطلوع الفجر فإذا قال أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد فقدم وجب أن يقع بعد طلوع الفجر فى اليوم الذى يقدم فيه زيد وقد قدم وكانت باقية بعد طلوع الفجر فوجب أن يقع الطلاق ومن أصحابنا من قال لا يقع لأنه جعل الشرط فى وقوع الطلاق قدوم زيد وقدوم زيد وجد بعد موت المرأة فلا يجوز أن يقع الطلاق ويخالف قوله أنت طالق يوم السبت فانه

(قوله التاريخ) هو تعريف الوقت والتواريخ مثله وأرخت الكتاب بيوم كذا أو ورخته بمعنى وانسلخ الشهر مضيه وزواله انسلخ الشهر من سنته والرجل من ثيابه والحية من جلدها (قوله فألغيت الصفة) أى بطلت يقال لغا يلغو لغوا إذا قال قولا لا حقيقة له قال الله تعالى «لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم» ولغى يلغو مثله ولغا يلغى لغة ثالثة

علق الطلاق على شرط واحد وهو اليوم وههنا علق على شرطين اليوم وقدوم زيد وقدوم زيد، وجد وقدمات المرأة فلم يلحقها الطلاق ؛

(فصل) وإن قال إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم فمضى اليوم ولم يطلقها ففيه وجهان أحدهما لا تطلق لأن مضى اليوم شرط فى وقوع الطلاق فى اليوم ولا يوجد شرط الطلاق إلا بعد مضى محل الطلاق فلم يقع والثانى يقع وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايينى رحمه الله لأن قوله إن لم أطلقك اليوم معناه إن فاتنى طلاقك اليوم فاذا بقى من اليوم ما لا يمكنه أن يقول فيه أنت طالق فقد فاته فوقع الطلاق فى بقيته وإن قال لعبده إن لم أبعك اليوم فأمرأتى طالق فأعتقه طلقت المرأة لأن معناه إن فاتنى بيعك وقد فاته بيعه بالعتق ؛

(فصل) إذا تزوج بجارية أبيه ثم قال إذا مات أبى فأنت طالق فمات أبوه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس بن سريج أنها لا تطلق لأنه إذا مات الأب ملكها فانفسخ النكاح ويكون الفسخ فى زمان الطلاق فوقع الفسخ وانفسخ الطلاق كما لو قال رجل لزوجته إن مت فأنت طالق ثم مات والثانى وهو قول الشيخ أبى حامد الإسفرايينى رحمه الله إنها تطلق ولا يقع الفسخ لأن صفة الطلاق توجد عقيب الموت وهو زمان الملك والفسخ يقع بعد الملك فيكون زمان الطلاق سابقا لزمان الفسخ فوقع الطلاق ولم يقع الفسخ وإن قال الأب لجاريته أنت حرة بعد موتى وقال الابن أنت طالق بعد موت أبى فمات الأب وقع العتق والطلاق لأن العتق يمنع من الدخول فى ملك الابن فوقع العتق والطلاق معا ؛

(فصل) إذا كتب إذا أتاك كتابى هذا فأنت طالق ونوى الطلاق فضاع الكتاب لم يقع الطلاق لأنه لم يأتها الكتاب وإن وصل وقد ذهبت الحواشى وبقى موضع الكتابة وقع الطلاق لأن الكتاب هو المكتوب وإن أتاها وقد أمحى الكتاب لم تطلق أيضا لأنه لم يأتها الكتاب وإن انطمس حتى لا يفهم منه شىء لم تطلق لأنه ليس بكتاب فهو كما لو جاءها كتاب فيه صورة وإن جاء وقد أمحى بعضه فإن كان الذى أمحى موضع الطلاق لم يقع لأن المقصود لم يأتها وإن بقى موضع الطلاق وذهب الباقى فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق يقع لأن المقصود من الكتاب قد أتاها ومن أصحابنا من قال لا يقع لأنه قال إذا جاءك كتابى هذا وذلك يقتضى جميعه وإذا قال إذا أتاك كتابى فأنت طالق فأتاها الكتاب وقد أمحى الجميع إلا موضع الطلاق وقع الطلاق لأنه أتاها كتابه وإن قال أتاك طلاقى فأنت طالق وكتب إذا أتاك كتابى فأنت طالق ونوى الطلاق وأتاها الكتاب طلقت طلقتين طلقة بمجىء الكتاب وطلقة بمجىء الطلاق .

(فصل) وإن قال إن قدم فلان فأنت طالق فقدم به ميتا أو حمل مكرها لم تطلق لأنه ما قدم وإنما قدم به وإن أكره حتى قدم بنفسه ففيه قولان كالقولين فيمن أكره حتى أكل فى الصوم وإن قدم مختارا وهو غير عالم باليمين فان كان ممن لا يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه كالسلطان طلقت لأنه طلاق معلق على صفة وقد وجدت الصفة وإن كان ممن يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه فعلى القولين فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعله ناسيا :

(فصل) وإن قال إن خرجت إلا بإذنى فأنت طالق فخرجت بالإذن انحلت اليمين فإن خرجت بعد ذلك بغير الإذن لم تطلق لأن قوله إن خرجت لا يقتضى التكرار والدليل عليه أنه لو قال لها إن خرجت فأنت طالق فخرجت مرة طلقت ولو خرجت مرة أخرى لم تطلق فصار كما لو قال إن خرجت مرة إلا بإذنى فأنت طالق وإن قال كلما خرجت إلا بإذنى فأنت طالق ثم خرجت بغير الاذن طلقت طلقة وإن خرجت مرة ثانية بغير الاذن وقعت طلقة أخرى وإن خرجت مرة ثالثة وقعت طلقة أخرى لأن اللفظ يقتضى التكرار وإن قال إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذنى فأنت طالق فخرجت إلى الحمام ثم عدلت إلى غير الحمام لم يحنث لأن الخروج كان إلى الحمام وإن خرجت إلى غير الحمام ثم عدلت إلى الحمام حنث بخروجها إلى غير الحمام بغير الإذن وإن خرجت إلى الحمام وإلى غيره وجمعت بينهما فى القصد عند الخروج ففيه وجهان أحدهما لا يحنث لأن الحنث علقه على الخروج إلى غير الحمام وهذا الخروج مشترك بين الحمام وغيره والثانى يحنث لأنه وجد الخروج إلى غير الحمام بغير الإذن وانضم إليه غيره فوجب أن يحنث كما لو قال إن كلمت زيدا فأنت طالق ثم كلمت زيدا وعمرا وإن قال إن خرجت إلا بإذنى فأنت طالق فأذن لها ولم تعلم بالاذن ثم خرجت لم تطلق لأنه علق الخلاص من الحنث بمعنى من جهته يختص به وهو الإذن وقد وجد الإذن والدليل عليه أنه يجوز لمن

عرفه أن يخبر به المرأة فلم يعتبر علمها فيه كما لو قال إن خرجت قبل أن أقوم فأنت طالق ثم قام ولم تعلم به .

(فصل) وإن قال لها إن خالفت أمري فأنت طالق ثم قال لها لا تكلمي أباك فكلمته لم تطلق لأنها لم تخالف أمره وإنما خالفت نهيه وإن قال إن بدأتك بالكلام فأنت طالق وقالت المرأة وإن بدأتك بالكلام فعبدي حر فكلمها لم تطلق المرأة ولم يعتق العبد لأن يمينه انحلت بيمينها بالعتق ويمينها انحلت بكلامه وإن قال أنت طالق إن كلمتك وأنت طالق إن دخلت الدار طلقت لأنه كلمها باليمين الثانية وإن قال أنت طالق إن كلمتك ثم أعاد ذلك طلقت لأنه كلمها بالإعادة وإن قال إن كلمتك فأنت طالق فاعلمي ذلك طلقت لأنه كلمها بقوله فاعلمي ذلك ومن أصحابنا من قال إن وصل الكلام باليمين لم تطلق لأنه من صلة الأول .

(فصل) إذا قال لامرأته إن كلمت رجلا فأنت طالق وإن كلمت فقيها فأنت طالق وإن كلمت طويلا فأنت طالق فكلمت رجلا طويلا فقيها طلقت ثلاثا لأنه اجتمع صفات الثلاثة فوقع بكل صفة طلقة .

(فصل) وإن قال إن رأيت فلانا فأنت طالق فرآه ميتا أو نائما طلقت لأنه رآه وإن رآه فى مرآة أو رأى ظله فى الماء لم تطلق لأنه ما رآه وإنما رأى مثاله وإن رآه من وراء زجاج شفاف طلقت لأنه رآه حقيقة .

(فصل) وإن كانت فى ماء جار فقال لها إن خرجت منه فأنت طالق وإن وقفت فيه فأنت طالق لم تطلق خرجت أو وقفت لأن الذى كانت فيه من الماء مضى بجريانه فلم تخرج منه ولم تقف فيه وإن كان فى فيها تمرة فقال إن أكلتها فأنت طالق وإن رميتها فأنت طالق وإن أمسكتها فأنت طالق فأكلت نصفها لم تطلق لأنها ما أكلتها ولا رمتها ولا أمسكتها وإن كانت معه تمرة فقال إن أكلتها فأنت طالق فرماها إلى تمر كثير فأكل جميعه وبقى تمرة لا يعلم أنها المحلوف عليها أو غيرها لم تطلق لجواز أن تكون هى المحلوف عليها فلم تطلق بالشك وإن أكل تمرا كثيرا فقال لها إن لم تخبرينى بعدد ما أكلت فأنت طالق فعدت من واحد إلى عدد يعلم أن المأكول دخل فيه لم تطلق لأنها أخبرته بعدد ما أكل وإن أكلا تمرا واختلط النوى فقال إن لم تميزى نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق فأفردت كل نواة لم تطلق لأنها ميزت وإن اتهمها بسرقة شىء فقال أنت طالق إن لم تصدقينى أنك سرقت أم لا فقالت سرقت وما سرقت لم تطلق لأنها صدقته فى أحد الخبرين وإن قال إن سرقت منى شيئا فأنت طالق وسلم إليها كيسا فأخذت منه شيئا لم تطلق لأن ذلك ليس بسرقة وإنما هو خيانة .

(فصل) وإن قال من بشرتنى بقدوم زيد فهى طالق فأخبرته امرأته بقدوم زيد وهى صادقة طلقت لأنها بشرته وإن كانت كاذبة لم تطلق لأن البشارة ما بشر به الإنسان ولا سرور فى الكذب وإن أخبرتاه بقدومه واحدة بعد واحدة وهما صادقتان طلقت الأولى دون الثانية لأن المبشرة هى الأولى وإن أخبرتاه معا طلقتا لاشتراكهما فى البشارة وإن قال من أخبرتنى بقدوم زيد فهى طالق فأخبرته امرأته بقدوم زيد طلقت صادقة كانت أو كاذبة لأن الخبر يوجد مع الصدق والكذب فإن أخبرته إحداهما بعد الأخرى أو أخبرتاه معا طلقتا لأن الخبر وجد منهما .

(فصل) وإن قال أنت طالق إن شئت فقالت فى الحال شئت طلقت وإن قالت شئت إن شئت فقال شئت لم تطلق لأنه علق الطلاق على مشيئتها ولم توجد منها مشيئة الطلاق وإنما وجد منها تعليق مشيئتها بمشيئته فلم يقع الطلاق كما لو قالت شئت إذا طلعت الشمس وإن قال أنت طالق إن شاء زيد فقال زيد شئت طلقت وإن لم يشأ زيد لم تطلق وإن شاء وهو مجنون لم تطلق لأنه لا مشيئة له وإن شاء وهو سكران فعلى ما ذكرناه من طلاقه وإن شاء وهو صبى ففيه وجهان أحدهما تطلق لأن له مشيئة ولهذا يرجع إلى مشيئته فى اختيار أحد الأبوين فى الحضانة والثانى لا تطلق معه لأنه لا حكم لمشيئته فى التصرفات وإن كان أخرس فأشار إلى المشيئة وقع الطلاق كما يقع طلاقه إذا أشار إلى الطلاق وإن كان ناطقا فخرس فأشار ففيه وجهان أحدهما لا يقع وهو اختيار الشيخ أبى حامد الاسفرايينى رحمه الله لأن مشيئته عند الطلاق كانت بالنطق والثانى أنه يقع وهو الصحيح لأنه فى حال بيان المشيئة من أهل الإشارة والاعتبار بحال البيان لا بما تقدم ولهذا لو كان عند الطلاق أخرس ثم صار ناطقا كانت مشيئته بالنطق وإن قال أنت طالق إن شاء الحمار فهو كما لو قال أنت طالق إن طرت أو صعدت إلى السماء وقد بيناه وإن قال أنت طالق لفلان أو لرضى فلان طلقت فى الحال لأن معناه أنت طالق ليرضى فلان كما يقول لعبده أنت حر لوجه الله أو لمرضاة الله وإن قال

أنت طالق لرضى فلان ثم قال أردت أن رضى فلان على سبيل الشرط دين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل ما يدعيه وهل يقبل فى الحكم فيه وجهان : أحدهما لا يقبل لأن ظاهر اللفظ يقتضى إنجاز الطلاق فلم يقبل قوله فى تأخيره كما لو قال أنت طالق وادعى أنه أراد إن دخلت الدار والثانى أنه يقبل لأن اللفظ يصلح للتعليل والشرط فقبل قوله فى الجميع .

(فصل) وإن قال إن كلمتك أو دخلت دارك فأنت طالق طلقت بكل واحدة من الصفتين وإن قال إن كلمتك أو دخلت دارك فأنت طالق لم تطلق إلا بوجودهما سواء قدم الكلام أو الدخول لأن الواو تقتضى الجمع دون الترتيب وإن قال إن كلمتك فدخلت دارك أنت طالق لم تطلق إلا بوجود الكلام والدخول والتقديم للكلام على الدخول لأن الفاء فى العطف للترتيب فيصير كما لو قال إن كلمتك ثم دخلت دارك فأنت طالق وإن قال إن كلمتك وإن دخلت دارك فأنت طالق طلقت بوجود كل واحدة منهما طلقة لأنه كرر حرف الشرط فوجب لكل واحدة منهما جزاء وإن قال لزوجتين إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان فدخلت إحداهما أحد الدارين ودخلت الثانية الدار الأخرى ففيه وجهان أحدهما تطلقان لأن دخول الدارين وجد منهما والثانى لا تطلقان وهو الصحيح لأنه علق طلاقه بدخول الدارين فلا تطلق واحدة منهما بدخول إحدى الدارين كما لو علق طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين بلفظ مفرد وإن قال إن أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقان فأكلت كل واحدة منهما رغيفا فعلى الوجهين .

(فصل) وإن قال أنت طالق إن ركبت إن لبست لم تطلق إلا باللبس والركوب ويسميه أهل النحو اعتراض الشرط على الشرط فإن لبست ثم ركبت طلقت وإن ركبت ثم لبست لم تطلق لأنه جعل اللبس شرطا فى الركوب فوجب تقديمه وإن قال أنت طالق إذا قمت إذا قعدت لم تطلق حتى يوجد القيام والقعود ويتقدم القعود على القيام لأنه جعل القعود شرطا فى القيام وإن قال إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتنى فأنت طالق لم تطلق حتى يوجد السؤال ثم الوعد ثم العطية لأنه شرط فى العطية الوعد والوعد شرط فى الوعد السؤال وكأن معناه إن سألتى شيئا فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق وإن قال إن سألتنى إن أعطيتك إن وعدتك فأنت طالق لم تطلق حتى تسأل ثم يعدها ثم يعطيها لأن معناه إن سألتنى فأعطيتك إن وعدتك فأنت طالق .

(فصل) وإن قال أنت طالق إن دخلت الدار بفتح الألف أو أنت طالق أن شاء الله بفتح الألف وهو ممن يعرف النحو طلقت فى الحال لأن معناه أنت طالق لدخولك الدار أو لمشيئة الله عز وجل طلاقك وإن قال أنت طالق إذ دخلت الدار وهو ممن يعرف النحو طلقت فى الحال لأن إذ للماضى .

(فصل) وإن قال إن دخلت الدار أنت طالق بحذف الفاء لم تطلق حتى تدخل الدار لأن الشرط ثبت بقوله إن دخلت الدار ولهذا لو قال أنت طالق إن دخلت الدار ثبت الشرط وإن لم يأت بالفاء وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق وقال أردت إيقاع الطلاق فى الحال قبل من غير يمين لأنه إقرار على نفسه وإن قال أردت أن أجعل دخولها الدار وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق آخر ثم سكت عن الجزاء قبل قوله مع اليمين لأنه يحتمل ما يدعيه وإن قال أردت الشرط والجزاء وأقمت الواو مقام الفاء قبل قوله مع اليمين لأنه يحتمل ما يدعيه وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق وقال أردت به الطلاق فى الحال قبل قوله من غير يمين لأنه إقرار بالطلاق وإن قال أردت تعليق الطلاق بدخول الدار قبل قوله مع يمينه لأنه يحتمل ما يدعيه .

(فصل) إذا قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق ثم قال أردت به الأجنبية قبل قوله مع اليمين وإن كانت له زوجة اسمها زينب وجارة اسمها زينب فقال زينب طالق وقال أردت بها الجارة لم يقبل والفرق بينهما أن قوله إحداكما طالق صريح فيهما وإنما يحمل على زوجته بدليل وهو أنه لا يطلق غير زوجته فإذا صرفه إلى الأجنبية فقد صرفه إلى ما يقتضيه تصريحه فقبل منه وليس كذلك قوله زينب طالق لأنه ليس بصريح فى واحدة منهما وإنما يتناولها من جهة الدليل وهو الاشتراك فى الاسم ثم يقابل هذا الدليل دليل آخر وهو أنه لا يطلق غير زوجته فصار اللفظ فى زوجته أظهر فلم يقبل خلافه .

(فصل) وإن كانت له زوجتان اسم إحداهما حفصة واسم الأخرى عمرة فقال يا حفصة فأجابته عمرة فقال لها أنت طالق ثم قال أردت طلاق حفصة وقع الطلاق على عمرة بالمخاطبة وعلى حفصة باعترافه بأنه أراد طلاقها وإن قال ظننتها حفصة فقلت أنت طالق طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لأنه لم يخاطبها ولم يعترف بطلاقها وإن رأى امرأة اسمها حفصة فقال حفصة

طالق ولم يشر إلى التي رآها وقع الطلاق على زوجته حفصة ولم يقبل قوله لم أردها لأن الظاهر أنه أراد طلاق زوجته ولم يعارض هذا الظاهر غيره :

(فصل) إذا قال لامرأته إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا ثم قال لها أنت طالق فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال يقع عليها طلقة بقوله أنت طالق ولا يقع من الثلاث قبلها شيء كما إذا قال لها إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم ارتدت انفسخ نكاحها ولم يقع من الثلاث شيء ومنهم من قال يقع بقوله أنت طالق طلقة وطلقتان من الثلاث وهو قول أبي عبدالله الختن لأنه يقع بقوله أنت طالق طلقة ويقع مابقي بالشرط وهو طلقتان ومنهم من قال لا يقع عليها بعد هذا القول طلاق وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي بكر بن الحداد المصري والشيخ أبي حامد الاسفرايني والقاضي أبي الطيب الطبري وهو الصحيح عندي والدليل عليه أن إيقاع الطلاق يؤدي إلى إسقاطه لأنا إذا أوقعنا عليها طلقة لزمنا أن نوقع عليها قبلها ثلاثا بحكم الشرط وإذا وقع قبلها الثلاث لم تقع الطلقة وما أدى ثبوته إلى نفيه سقط ولهذا قال الشافعي رحمه الله فيمن زوج عبده بحرة بألف درهم وضمن صداقها ثم باع العبد منها بتلك الألف قبل الدخول أن البيع لا يصح لأن صحته تؤدي إلى إبطاله فإنه إذا صح البيع انفسخ النكاح بملك الزوج وإذا انفسخ النكاح سقط المهر لأن الفسخ من جهتها وإذا سقط المهر سقط الثمن لأن الثمن هو المهر وإذا سقط الثمن بطل البيع فأبطل البيع حين أدى تصحيحه إلى إبطاله فكذلك ههنا ويخالف الفسخ بالردة فإن الفسخ لا يقع بإيقاعه وإنما تقع الردة والفسخ من موجباتها والطلاق الثلاث لا ينافي الردة فصحت الردة وثبت موجبها وهو الفسخ والطلاق يقع بإيقاعه والثلاث قبله تنافيه فمنع صحته فعلى هذا إن حلف على امرأته بالطلاق الثلاث أنه لا يفعل شيئا وأراد أن يفعله ولا يحنث فقال إذا وقع على امرأتي طلاقي فهي طالق قبله ثلاثا ففيه وجهان أحدهما يحنث إذا فعل المحلوف عليه لأن عقد اليمين صح فلا يملك رفعه والثاني لا يحنث لأنه يجوز أن يعلق الطلاق على صفة ثم يسقط حكمه بصفة أخرى والدليل عليه أنه إذا قال إذا حل رأس الشهر فأنت طالق ثلاثا صحت هذه الصفة ثم يملك إسقاطها بأن يقول أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم .

(فصل) إذا علق طلاق امرأته على صفة من يمين أو غيرها ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة ففيه ثلاثة أقوال أحدها لا يعود حكم الصفة في النكاح الثاني وهو اختيار المزني لأنها صفة علق عليها الطلاق قبل النكاح فلم يقع بها الطلاق كما لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها ودخلت الدار والثاني أنها تعود ويقع بها الطلاق وهو الصحيح لأن العقد والصفة وجدا في عقد النكاح فأشبه إذا لم يتخللها بينونة والثالث أنها إن بانت بما دون الثلاث عاد حكم الصفة وإن بانت بالثلاث لم تعد لأن بالثلاث انقطعت علائق الملك وبما دون الثلاث لم تنقطع علائق الملك ولهذا بني أحد العقدين على الآخر في عدد الطلاق فيما دون الثلاث ولا يبنى بعد الثلاث وإن علق عتق عبده على صفة ثم باعه ثم اشتراه قبل وجود الصفة ففيه وجهان أحدهما أن حكمه حكم الزوجة إذا بانت بما دون الثلاث لأنه يمكنه أن يشتريه بعد البيع كما يمكنه أن يتزوج البائن بما دون الثلاث والثاني أنه كالبائن بالثلاث لأن علائق الملك قد زالت بالبيع كما زالت في البائن بالثلاث :

(فصل) وإن علق الطلاق على صفة ثم أبانها ووجدت الصفة في حال البينونة انحلت الصفة فإن تزوجها لم يعد حكم الصفة وكذلك إذا علق عتق عبده على صفة ثم باعه ووجدت الصفة قبل أن يشتريه انحلت الصفة فإن اشتراه لم يعد حكم الصفة وقال أبو سعيد الأصطخري رحمه الله لا تنحل الصفة لأن قوله إن دخلت الدار فأنت طالق مقدر بالزوجة وقوله إن دخلت الدار فأنت حر مقدر بالملك لأن الطلاق لا يصح في غير الزوجية والعتق لا يصح في غير ملك فيصير كما لو قال إن دخلت الدار وأنت زوجتي فأنت طالق وإن دخلت الدار وأنت مملوكي فأنت حر والمذهب الأول لأن اليمين إذا علقت على عين تعلقت بها ولا نقدر فيها الملك والدليل عليه أنه لو قال إن دخلت هذه الدار فأنت طالق والدار في ملكه فباعها ثم دخلها وقع الطلاق ولا يجعل كما لو قال إن دخلت هذه الدار وهي في ملكي فأنت طالق فكذلك ههنا والله أعلم :

(باب الشك فى الطلاق واختلاف الزوجين فيه)

إذا شك الرجل هل طلق امرأته أم لا لم تطلق لأن النكاح يقين واليقين لا يزال بالشك والدليل عليه ما روى عبد الله بن زيد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشىء فى الصلاة فقال لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا والورع أن يلتزم الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم دع ما يريبك إلى ما لا يريبك فإن كان بعد الدخول راجعها وإن كان قبل الدخول جدد نكاحها وإن لم يكن له فيها رغبة طلقها لتحل لغيره بيقين وإن شك فى عدده بنى الأمر على الأقل لما روى عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر أواحدة صلى أو اثنتين فليبن على واحدة وإن لم يدر أثنتين صلى أم ثلاثا فليبن على اثنتين وإن لم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليبن على ثلاث ويسجد سجدتين قبل أن يسلم فرد إلى الأقل ولأن الأقل يقين والزيادة مشكوك فيها فلا يزال اليقين بالشك والورع أن يلتزم الأكثر فإن كان الشك الثلاث وما دونها طلقها ثلاثا حتى تحل لغيره بيقين :

(فصل) وإن كانت له امرأتان فطلق إحداهما بعينها ثم نسيها أو خفيت عليه عينها بأن طلقها فى ظلمة أو من وراء حجاب رجع إليه فى تعيينها لأنه هو المطلق ولا تحل له واحدة منهما قبل أن يعين ويؤخذ بنفقتهما إلى أن يعين لأنهما محبوستان عليه فإن عين الطلاق فى إحداهما فكذبته حلف للأخرى لأن المعينة لو رجع فى طلاقها لم يقبل وإن قال طلقت هذه لا بل هذه طلقتا فى الحكم لأنه أقر بطلاق الأولى ثم رجع إلى الثانية فقبلنا إقراره بالثانية ولم يقبل رجوعه فى الأولى وإن كن ثلاثا فقال طلقت هذه لا بل هذه لا بل هذه طلقن جميعا وإن قال طلقت هذه أو هذه لا بل هذه طلقت الثالثة وواحدة من الأوليين وأخذ بتعيينها لأنه أقر أنه طلق إحدى الأوليين ثم رجع إلى أن المطلقة هى الثالثة فلزمه ما رجع إليه ولم يقبل رجوعه عما أقر به وإن قال طلقت هذه لا بل هذه أو هذه طلقت الأولى وواحدة من الأخريين وإن قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ ببيان الطلاق فى الأولى والأخريين فإن عين فى الأولى بقيت الأخريان على النكاح وإن قال لم أطلق الأولى طلقت الآخريان لأن الشك فى الأولى والأخريين فهو كما لو قال طلقت هذه أو هاتين ولا يجوز له أن يعين بالوطء فإن وطئ إحداهما لم يكن ذلك تعيينا للطلاق فى الأخرى فيطالب بالتعيين بالقول فإن عين الطلاق فى الموطوءة لزمه مهر المثل وإذا عين وجبت العدة من حين الطلاق :

(فصل) وإن طلق إحدى المرأتين بغير عينها أخذ بتعيينها ويؤخذ بنفقتهما إلى أن يعين وله أن يعين الطلاق فيمن شاء منهما فإن قال هذه لا بل هذه طلقت الأولى ولم تطلق الأخرى لأن تعيين الطلاق إلى اختياره وليس له أن يختار إلا واحدة فإذا اختار إحداهما لم يبق له اختيار وهل له أن يعين الطلاق بالوطء فيه وجهان أحدهما لا يعين بالوطء وهو قول أبى على بن أبى هريرة لأن إحداهما محرمة بالطلاق فلم تتعين بالوطء كما لو طلق إحداهما بعينها ثم أشكلت فعلى هذا يؤخذ بعد الوطء بالتعيين بالقول فإن عين الطلاق فى الموطوءة لزمه المهر والثانى يتعين وهو قول أبى إسحق واختيار المزنى وهو الصحيح لأنه اختيار شهوة والوطء قد دل على الشهوة وفى وقت العدة وجهان أحدهما من حين بلفظ بالطلاق لأنه وقت وقوع الطلاق والثانى من حين التعيين وهو قول أبى على بن أبى هريرة رحمه الله لأنه وقت تعيين الطلاق :

(فصل) وإن ماتت الزوجتان قبل التعيين وبقى الزوج وقف من مال كل واحدة منهما نصف الزوج فإن كان قد طلق إحداهما بعينها فعين الطلاق فى إحداهما أخذ من تركة الأخرى ما يخصه وإن كذبه ورثتها فالقول قوله مع يمينه وإن كان قد طلق إحداهما بغير عينها فعين الطلاق فى إحداهما دفع إليه من مال الأخرى ما يخصه وإن كذبه ورثتها فالقول قوله من غير يمين لأن هذا اختيار شهوة وقد اختار ما اشتهى وإن مات الزوج بقيت الزوجتان وقف لهما من ماله نصيب زوجة إلى أن يصطلحا لأنه قد ثبت إرث إحداهما بيقين وليست إحداهما بأولى من الأخرى فوجب أن يوقف إلى أن يصطلحا لأنه قد ثبت إرث إحداهما

(ومن باب الشك فى الطلاق واختلاف الزوجين)

(قوله دع ما يريبك) الريب الشك لا ريب فيه لا شك فيه قال الشاعر * كأنما أربته بريب * يقال رابنى فلان إذا رأيت منه ما لا يريبك أى تكرهه (قوله إذا شك) أى سها والسهو الغفلة يقال سها عن الشىء فهو ساه

بيقين فإن قال وارث الزوج أنا أعرف الزوجة منهما ففيه قولان أحدهما يرجع إليه لأنه لما قام مقامه فى استلحاق النسب قام مقامه فى تعيين الزوجة والثانى لا يرجع إليه لأن كل واحدة منهما زوجة فى الظاهر وفى الرجوع إلى بيانه إسقاط وارث مشارك والوارث لا يملك إسقاط من يشاركه فى الميراث واختلف أصحابنا فى موضع القولين فقال أبو إسحاق القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت وفيمن طلق إحداهما من غير تعيين ومنهم من قال القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت لأنه إخبار فجاز أن يخبر الوارث عن الموروث وأما إذا طلق إحداهما من غير تعيين فإنه لا يرجع إلى الوارث قولا واحدا لأنه اختيار شهوة فلم يقم الوارث فيه مقام الموروث كما لو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة ومات قبل أن يختار أربعا منهن .

(فصل) وإن طلق إحدى زوجتيه ثم ماتت إحداهما ثم مات الزوج قبل البيان عزل من تركة الميتة قبله ميراث زوج لجواز أن تكون هى الزوجة ويعزل من تركة الزوج ميراث زوجة لجواز أن تكون الباقية زوجة فإن قال وارث الزوج الميتة قبله مطلقة فلا ميراث لى منها والباقية زوجة فلها الميراث معى قبل لأنه إقرار على نفسه بما يضره فإن قال الميتة هى الزوجة فلى الميراث من تركتها والباقية هى المطلقة فلا ميراث لها معى فان صدق على ذلك حمل الأمر على ما قال فان كذب بأن قال وارث الميتة إنها هى المطلقة فلا ميراث لك منها وقالت الباقية أنا الزوجة فلى معك الميراث ففيه قولان أحدهما يرجع إلى بيان الوارث فيحلف لورثة الميتة أنه لا يعلم أنه طلقها ويستحق من تركتها ميراث الزوج ويحلف للباقية أنه طلقها ويسقط ميراثها من الزوج والثانى لا يرجع إلى بيان الوارث فيجعل ما عزل من ميراث الميتة موقوفا حتى يصطلح عليه وارث الزوج ووارث الزوجة وما عزل من ميراث الزوج موقوفا حتى تصطلح عليه الباقية ووارث الزوج .

(فصل) وإن كانت له زوجتان حفصة وعمرة فقال يا حفصة إن كان أول ولد تلدينه ذكرا فعمرة طالق وإن كان أنثى فأنت طالق فولدت ذكرا وأنثى واحدا بعد واحد وأشكل المتقدم منهما طلقت إحداهما بعينها وحكمها حكم من طلق إحدى المرأتين بعينها ثم أشكلت عليه وقد بيناه .

(فصل) وإن رأى طائرا فقال إن كان هذا الطائر غرابا فنسائى طوالق وإن كان حماما فإمائى حرائر ولم يعرف لم تطلق النساء ولم تعتق الإماء لجواز أن يكون الطائر غيرهما والأصل بقاء الملك والزوجية فلا يزال بالشك وإن قال إن كان هذا غرابا فنسائى طوالق وإن كان غير غراب فإمائى حرائر ولم يعرف منع من التصرف فى الإماء والنساء لأنه تحقق زوال الملك فى أحدهما فصار كما لو طلق إحدى المرأتين ثم أشكلت ويؤخذ بنفقة الجميع إلى أن يعين لأن الجميع فى حبسه ويرجع فى البيان إليه لأنه يرجع إليه فى أصل الطلاق والعتق فكذلك فى تعيينه فان امتنع من التعيين مع العلم به حبس حتى يعين وإن لم يعلم لم يحبس ووقف الأمر أن يتبين وإن مات قبل البيان فهل يرجع إلى الورثة فيه وجهان أحدهما يرجع إليهم لأنهم قائمون مقامه والثانى لا يرجع لأنهم لا يملكون الطلاق فلم يرجع إليهم فى البيان ومتى تعذر البيان أقرع بين النساء والإماء فإن خرجت القرعة على الإماء عتقن وبقى النساء على الزوجية وإن خرجت القرعة على النساء رق الإماء ولم تطلق النساء وقال أبو ثور تطلق النساء بالقرعة كما تعتق الإماء وهذا خطأ لأن القرعة لها مدخل فى العتق دون الطلاق ولهذا لو طلق إحدى نسائه لم تطلق بالقرعة ولو أعتق أحد عبيده عتق بالقرعة فدخلت القرعة فى العتق دون الطلاق كما يدخل الشاهد والمرأتان فى السرقة لإثبات المال دون القطع ويثبت للنساء الميراث لأنه لم يثبت بالقرعة ما يسقط الإرث .

(فصل) وإن طار طائر فقال رجل إن كان هذا الطائر غرابا فعبدى حر وقال الآخر إن لم يكن غرابا فعبدى حر ولم يعرف الطائر لم يعتق واحد من العبدين لأنا نشك فى عتق كل واحد منهما ولا يزال يقين الملك بالشك وإن اشترى أحد الرجلين عبد الآخر عتق عليه لأن إمساكه للعبد إقرار بحرية عبد الآخر فإذا ملكه عتق عليه كما لو شهد بعتق عبد ثم اشتراه .

(فصل) إذا اختلف الزوجان فادعت المرأة على الزوج أنه طلقها وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق وإن اختلفا فى عدده فادعت المرأة أنه طلقها ثلاثا وقال الزوج طلقتها طلقة فالقول قول الزوج مع يمينه لأن الأصل عدم ما زاد على طلقة

(فصل) وإن خيرها ثم اختلفا فقالت المرأة اخترت وقال الزوج ما اخترت فالقول قول الزوج مع يمينه لأن الأصل عدم الاختيار وبقاء النكاح وإن اختلفا في النية فقال الزوج ما نويت وقالت المرأة نويت ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري رحمه الله أن القول قول الزوج لأن الأصل عدم النية وبقاء النكاح فصار كما لو اختلفا في الاختيار والثاني وهو الصحيح أن القول قول المرأة والفرق بينه وبين الاختلاف في الاختيار أن الاختيار يمكن إقامة البينة عليه فكان القول فيه قوله كما لو علق طلاقها بدخول الدار فادعت أنها دخلت وأنكر الزوج والنية لا يمكن إقامة البينة عليها فكان القول قولها كما لو علق الطلاق على حيضها فادعت أنها حاضت وأنكر :

(فصل) وإن قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق وادعى أنه أراد التأكيد وادعت المرأة أنه أراد الاستئناف فالقول قوله مع يمينه لأنه اعترف بنيته وإن قال الزوج أردت الاستئناف وقالت المرأة أردت التأكيد فالقول قول الزوج لما ذكرناه ولا يمين عليه لأن اليمين تعرض ليخاف فيرجع ولو رجع لم يقبل رجوعه فلم يكن لعرض اليمين معنى :

(فصل) وإن قال أنت طالق في الشهر الماضي وادعى أنه أراد من زوج غيره في نكاح قبله وأنكرت المرأة أن يكون قبله نكاح أو طلاق لم يقبل قول الزوج في الحكم حتى يقيم البينة على النكاح والطلاق فإن صدقته المرأة على ذلك لكنها أنكرت أنه أراد ذلك فالقول قوله مع يمينه فإن قال أردت أنها طالق في الشهر الماضي بطلاق كنت طلقتها في هذا النكاح وكذبته المرأة فالقول قوله مع يمينه والفرق بينه وبين المسألة قبلها أن هناك يريد أن يرفع الطلاق وههنا لا يرفع الطلاق وإنما ينقله من حال إلى حال

(فصل) وإن قال إن كان هذا الطائر غرابا فنسائي طوالق وإن لم يكن غرابا فإمائي حرائر ثم قال كان هذا الطائر غرابا طلقت النساء فإن كذبه الإماء حلف لهن فإن حلف ثبت رقهن وإن نكل ردت اليمين عليهن فإن حلفن ثبت طلاق النساء بإقراره وعتق الإماء بنكوله ويمينهن فإن صدقنه ولم يطلبن إحلافه ففيه وجهان أحدهما يحلف لما في العتق من حق الله عز وجل والثاني لا يحلف لأنه لما أسقط العتق بتصديقهن سقط اليمين بترك مطالبتهن وإن قال كان هذا الطائر غير غراب عتق الإماء فإن كذبته النساء حلف لهن وإن نكل عن اليمين ردت عليهن فإن حلفن ثبت عتق الإماء بإقراره وطلاق النساء بيمينهن ونكوله :

(باب الرجعة)

إذا طلق الحر امرأته بعد الدخول طلقة أو طلقتين أو طلق العبد امرأته بعد الدخول طلقة فله أن يراجعها قبل انقضاء العدة لقوله عز وجل «وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف» والمراد به إذا قاربن أجلهن وروى ابن عباس رضي الله عنه عن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة وراجعها وروى أن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته وهي حائض فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر مر ابنك فليراجعها فإن انقضت العدة لم يملك رجعتها لقوله عز وجل «وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن» فلو ملك رجعتها لما نهى الأولياء عن عضلهن عن النكاح فإن طلقها قبل الدخول لم يملك الرجعة لقوله عز وجل «وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف» فجعلت الرجعة على الأجل فدل على أنها لا تجوز من غير أجل والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها» :

(فصل) ويجوز أن يطلق الرجعية ويلاعنها ويولي منها ويظاهر منها لأن الزوجية باقية وهل له أن يخالعها فيه قولان قال في الأم يجوز لبقاء النكاح وقال في الإملاء لا يجوز لأن الخلع للتحريم وهي محرمة فإن مات أحدهما ورثه الآخر لبقاء الزوجية إلى الموت ولا يجوز أن يستمتع بها لأنها معتدة فلا يجوز وطؤها كالمختلعة فإن وطئها ولم يراجعها حتى انقضت عدتها لزمه المهر لأنه وطء في ملك قد تشعث فصار كوطء الشبهة وإن راجعها بعد الوطء فقد قال في الرجعة عليه المهر وقال في المرتد إذا وطئ امرأته في العدة ثم أسلم أنه لا مهر عليه واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو سعيد الاصطخري الجواب في كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما يجب المهر لأنه وطء

فى نكاح قد تشعث والثانى لا يجب لأن بالرجعة والإسلام قد زال التشعث فصار كما لو لم تطلق ولم يرتد وحمل أبو العباس وأبو إسحق المسألتين على ظاهرهما فقالا فى الرجعة يجب المهر وفى المرتد لا يجب لأن بالإسلام صار كأن لم يرتد و الرجعة لا يصير كأن لم تطلق لأن ما وقع من الطلاق لم يرتفع ولأن أمر المرتد مراعى فاذا رجع إلى الإسلام تبينا أن النكاح بحاله ولهذا لو طلق وقف طلاقه فإن أسلم حكم بوقوعه وإن لم يسلم لم يحكم بوقوعه فاختلف أمرها فى المهر بين أن يرجع إلى الإسلام وبين أن لا يرجع وأمر الرجعية غير مراعى ولهذا لو طلق لم يقف طلاقه على الرجعة فلم يختلف أمرها فى المهر بين أن يراجع وبين أن لا يراجع فاذا وطئها وجب عليها العدة لأنه كوطء الشبهة ويدخل فيه بقية العدة الأولى لأنهما من واحد :

(فصل) وتصح الرجعة من غير رضاها لقوله عز وجل وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ولا تصح الرجعة إلا بالقول فان وطئها لم تكن ذلك رجعة لاستباحة بضع مقصود يصح بالقول لم يصح بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح وإن قال راجعتك أو ارتجعتك صح لأنه وردت به السنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها فان قال رددتك صح لأنه ورد به القرآن وهو قوله عز وجل «وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك» وإن قال أمسكتك ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه يصح لأنه ورد به القرآن وهو قوله عز وجل فأمسكوهن بمعروف والثانى أنه لا يصح لأن الرجعة رد والإمساك يستعمل فى البقاء والاستدامة دون الرد وإن قال تزوجتك أو نكحتك ففيه وجهان أحدهما يصح لأنه إذا صح به النكاح وهو ابتداء الاباحة فلأن تصح به الرجعة وهو إصلاح لما تشعث منه أولى والثانى لا يصح لأنه صريح فى النكاح ولا يجوز أن يكون صريحا فى حكم آخر من النكاح كالطلاق لما كان صريحا فى الطلاق لم يجز أن يكون صريحا فى الظهار وإن قال راجعتك للمحبة وقال أردت به مراجعتك لمحبتى لك صح وإن قال راجعتك لهوانك وقال أردت به أنى راجعتك لأهينك بالرجعة صح لأنه أتى بلفظ الرجعة وبين سبب الرجعة وإن قال لم أرد الرجعة وإنما أردت أنى كنت أحبك قبل النكاح أو كنت أهينك قبل النكاح فرددتك بالرجعة إلى المحبة التى كانت قبل النكاح أو الاهانة التى كانت قبل النكاح قبل قوله لأنه يحتمل ما يدعيه :

(فصل) وهل يجب الاشهاد عليها فيه قولان أحدهما يجب لقوله عز وجل فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم ولأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح من غير إشهاد كالنكاح والثانى أنه مستحب لأنه لا يفتقر إلى الولى فلم يفتقر إلى الاشهاد كالبيع :

(فصل) ولا يجوز تعليقها على شرط فان قال راجعتك إن شئت فقالت شئت لم يصح لأنه استباحة بضع فلم يصح تعليقه على شرط كالنكاح ولا يصح فى حال الردة وقال المزنى إنه موقوف فإن أسلمت صح كما يقف الطلاق والنكاح على الإسلام وهذا خطأ لأنه استباحة بضع فلم يصح مع الردة كالنكاح ويخالف الطلاق فانه يجوز تعليقه على الشرط والرجعة لا يصح تعليقها على الشرط وأما النكاح فإنه يقف فسخه على الاسلام وأما عقده فلا يقف والرجعة كالعقد فيجب أن لا تقف على الاسلام :

(فصل) وإن إختلف الزوجان فقال الزوج راجعتك وأنكرت المرأة فان كان ذلك قبل انقضاء العدة فالقول قول الزوج لأنه يملك الرجعة فقبل إقراره فيها كما يقبل قوله فى طلاقها حين ملك الطلاق وإن كان بعد انقضاء العدة فالقول قولها لأن الأصل عدم الرجعة ووقوع البينونة وإن اختلفا فى الاصابة فقال الزوج أصبتك فلى الرجعة وأنكرت المرأة فالقول قولها لأن الأصل عدم الاصابة ووقوع الفرقة :

(فصل) فان طلقها طلقة رجعية وغاب الزوج وانقضت العدة وتزوجت ثم قدم الزوج وادعى أنه راجعها قبل انقضاء العدة فله أن يخاصم الزوج الثانى وله أن يخاصم الزوجة فإن بدأ بالزوج نظرت فان صدقه سقط حقه من النكاح ولا تسلم المرأة إليه لأن

(قوله فى نكاح قد تشعث) أى قد تغير مأخوذ من شعث الرأس وهو اغبراره وتفرقه من ترك الامتشاط وقوله الرجعة قال الأزهرى الرجعة بعد الطلاق أكثر ما يقال بالكسر والفتح جائز ورجعة يقال جاءنى رجعة الكتاب أى جوابه (قوله غير مراعى) أى غير منتظر :

إقراره يقبل على نفسه دونها وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الرجعة فان حلف سقط دعوى الأول وإن نكل ردت اليمين عليه فإن حلف وقلنا إن يمينه مع نكول المدعى عليه كالبينة حكمنا بأنه لم يكن بينهما نكاح فان كان قبل الدخول لم يلزمه شيء وإن كان بعد الدخول لزمه مهر المثل وإن قلنا إنه كالاقرار لم يقبل إقراره فى إسقاط حقها فان دخل بها لزمه المسمى وإن لم يدخل بها لزمه نصف المسمى ولا تسلم المرأة إلى الزوج الأول على القولين لأنا جعلناه كالبينة أو كالاقرار فى حقه دون حقها وإن بدأ بخصومة الزوجة فصدقته لم تسلم إليه، لأنه لا يقبل إقرارها على الثانى كما لا يقبل إقراره عليها ويلزمها المهر لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها فان زال حق الثانى بطلاق أو فسخ أو وفاة ردت إلى الأول لأن المنع لحق الثانى وقد زال وإن كذبته فالقول قولها وهل تحلف على ذلك فيه قولان أحدهما لا تحلف لأن اليمين تعرض عليها لتخاف فتقر ولو أقرت لم يقبل إقرارها فلم يكن فى تحليفها فائدة والثانى تحلف لأن فى تحليفها فائدة وهو أنها ربما أقرت فيلزمها المهر وإن حلفت سقط دعواه وإن نكلت ردت اليمين عليه فاذا حلف حكم له بالمهر :

(فصل) إذا تزوجت الرجعية فى عدتها وحبلت من الزوج ووضعت وشرعت فى إتمام العدة من الأول وراجعها صحت الرجعة لأنه راجعها فى عدته فان راجعها قبل الوضع ففيه وجهان أحدهما لا يصح لأنها فى عدة من غيره فلم يملك رجعتها والثانى يصح بما بقى عليها من عدته لأن حكم الزوجية باق وإنما حرمت لعارض فصار كما لو أحرمت .

(فصل) إذا طلق الحر امرأته ثلاثا أو طلق العبد امرأته طلقتين حرمت عليه ولا يحل له نكاحها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها والدليل عليه قوله عز وجل فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وروت عائشة رضى الله عنها أن رفاعة القرظى طلق امرأته بت طلاقها فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فجاءت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله إنى كنت عند رفاعة وطلقنى ثلاث تطليقات فتزوجنى عبد الرحمن بن الزبير وإنه والله مامعه يارسول الله إلا مثل هذه الهدبة فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة لا والله حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك ولا تحل إلا بالوطء فى الفرج فان وطئها فيما دون الفرج أو وطئها فى الموضع المكروه لم تحل لأن النبى صلى الله عليه وسلم علق على ذوق العسيلة وذلك لا يحصل إلا بالوطء فى الفرج وأدنى الوطء أن يغيب الحشفة فى الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه فان أولج الحشفة فى الفرج من غير انتشار لم تحل لأن النبى صلى الله عليه وسلم علق الحكم بذوق العسيلة وذلك لا يحصل من غير انتشار وإن كان بعض الذكر مقطوعا فعلى ماذكرناه فى الرد بالعيب فى النكاح وإن كان مسلولا أحل بوطئه لأنه فى الوطء كالفحل وأقوى منه ولم يفقد إلا الانزال وذلك غير معتبر فى الاحلال وإن كان مراهقا أحل لأنه كالبالغ فى الوطء وإن وطئت وهى نائمة أو مجنونة أو استدخلت هى ذكر الزوج وهو نائم أو مجنون أو وجدها على فراشه فظنها غيرها فوطئها حلت لأنه وطء صادف النكاح :

(فصل) فان رآها رجل أجنبى فظنها زوجته فوطئها أو كانت أمة فوطئها مولاها لم تحل لقوله عز وجل حتى تنكح زوجا غيره وإن وطئها الزوج فى نكاح فاسد كالنكاح بلا ولى ولا شهود أو فى نكاح شرط فيه أنه إذا أحلها للزوج الأول فلا نكاح بينهما ففيه قولان أحدهما أنه لا يحلها لأنه وطء فى نكاح غير صحيح فلم تحل كوطء الشبهة والثانى أنه يحلها لما روى عبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «لعن الله المحلل والمحلل له» فسماه محللا ولأنه وطء فى نكاح فأشبه الوطء فى النكاح الصحيح :

(فصل) وإن كانت المطلقة أمة فملكها الزوج قبل أن ينكحها زوجا غيره فالمذهب أنها لا تحل لقوله عز وجل فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرما عليه من وجه مباحا من وجه ومن أصحابنا من قال يحل وطؤها لأن الطلاق يختص بالزوجية فأثر التحريم فى الزوجية •

(فصل) وإن طلق امرأته ثلاثا وتفرقا ثم ادعت المرأة أنها تزوجت بزوج أحلها جاز له أن يتزوجها لأنها مؤتمنة فيما تدعيه

(قوله الرجعية) بكسر الراء وكان القياس فتحها منسوب إلى الرجعة ولكن النسب موضع شذوذ ويقال رجعة بالكسر والفتح فنسب إليهما (قوله مثل هذه الهدبة) الهدبة الخملة وضم الدال لغة وهو مايترك فى طرف الثوب غير منسوج. شبهت مامعه بالهدبة لاسترخائه وضعفه (قوله تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك) كنى به عن الجماع وشبه حلاوته بحلاوة العسل وإنما أنث لأنه أراد قطعة من العسل كما قالوا الثدية أرادوا قطعة من الثدى. وقيل تصغير عسلة من قولهم كنا فى لحيمة ونبيذة وعسيلة وإنما صغر إشارة إلى القدر الذى يحل

من الإباحة فإن وقع فى نفسه أنها كاذبة فالأولى أن لايتزوجها احتياطا ؛

(فصل) وإن تزوجت المطلقة ثلاثا بزوج وادعت عليه أنه أصابها وأنكر الزوج لم يقبل قولها على الزوج الثانى فى الإصابة ويقبل قولها فى الإباحة للزوج الأول لأنها تدعى على الزوج الثانى حقا وهو استقرار المهر ولا تدعى على الأول شيئا وإنما تخبره عن أمر هى فيه مؤتمنة فقبل وإن كذبها الزوج الأول فيما تدعيه على الثانى من الإصابة ثم رجع فصدقها جاز له أن يتزوجها لأنه قد لا يعلم أنه أصابها ثم يعلم بعد ذلك وإن ادعت على الثانى أنه طلقها وأنكر الثانى لم يجز للأول نكاحها لأنه إذا لم يثبت الطلاق فهى باقية على نكاح الثانى فلا يحل للأول نكاحها ويخالف إذا اختلفا فى الاصابة بعد الطلاق لأنه ليس لأحد حق فى بضعها فقبل قولها ؛

(فصل) إذا عادت المطلقه ثلاثا إلى الأول بشروط الاباحة ملك عليها ثلاث تطليقات لأنه قد استوفى ما كان يملك من الطلاق الثلاث فوجب أن يستأنف الثلاث فإن طلقها طلقة أو طلقتين فتزوجت بزوج آخر فوطئها ثم أبانها رجعت إلى الأول بما بقى من عدد الطلاق لأنها عادت قبل استيفاء العدد فرجعت بما بقى كما لو رجعت قبل أن تنكح زوجا غيره ؛

﴿ كتاب الإيلاء ﴾

يصح الايلاء من كل زوج بالغ عاقل قادر على الوطء لقوله عز وجل «للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر» وأما الصبى والمجنون فلا يصح الايلاء منهما لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولأنه قول يختص بالزوجية فلم يصح من الصبى والمجنون كالطلاق وأما من لا يقدر على الوطء فإن كان بسبب يزول كالمريض والمحبوس صح إيلاؤه وإن كان بسبب لا يزول كالمجبوب والأشل ففيه قولان أحدهما يصح إيلاؤه لأن من صح إيلاؤه إذا كان قادرا على الوطء صح إيلاؤه إذا لم يقدر كالمريض والمحبوس والثانى قاله فى الأم لا يصح إيلاؤه لأنه يمين على ترك ما لا يقدر عليه بحال فلم يصح كما لو حلف لا يصعد السماء ولأن القصد بالايلاء أن يمنع نفسه من الجماع باليمين وذلك لا يصح ممن لا يقدر عليه لأنه ممنوع من غير يمين ويخالف المريض والمحبوس لأنهما يقدران عليه إذا زال المرض والحبس فصح منهما المنع باليمين والمجبوب والأشل لا يقدران بحال ؛

(فصل) ولا يصح الايلاء إلا بالله عز وجل وهل يصح بالطلاق والعتاق والصوم والصلاة وصدقة المال فيه قولان قال فى القديم لا يصح لأنه يمين بغير الله عز وجل فلم يصح به الايلاء كاليمين بالنبى صلى الله عليه وسلم والكعبة وقال فى الجديد يصح وهو الصحيح لأنه يمين يلزمه بالحنث فيها حق فصح به الايلاء كاليمين بالله عز وجل فإذا قلنا بهذا فقال إن وطئتك فعبدى حر فهو مول وإن قال إن وطئتك فلله على أن أعتق رقبة فهو مول وإن قال إن وطئتك فأنت طالق أو امرأتى الأخرى طالق فهو مول وإن قال إن وطئتك فعلى أن أطلقك أو أطلق امرأتى الأخرى لم يكن موليا لأنه لا يلزمه بالوطء شىء وإن قال إن وطئتك فأنت زانية لم يكن موليا لأنه لا يلزمه بالوطء حق لأنه لا يصير بوطئها قاذفا لأن القذف لا يتعلق بالشرط لأنه لا يجوز أن تصير زانية بوطء الزوج كما لا تصير زانية بطلوع الشمس وإذا لم يصر قاذفا لم يلزمه بالوطء حق فلم يجز أن يكون موليا وإن قال إن وطئتك فلله على صوم هذا الشهر لم يكن موليا لأن المولى هو الذى يلزمه بالوطء بعد أربعة أشهر حق أو يلحقه ضرر وهذا يقدر على وطئها بعد أربعة أشهر من غير ضرر يلحقه ولا حق يلزمه لأن صوم شهر مضى لا يلزمه كما لو قال إن وطئتك فعلى صوم أمس وإن قال إن وطئتك فسالم حر عن ظهارى وهو مظاهر فهو مول وقال المزنى لا يصير موليا لأن ما وجب عليه لا يتعين بالنذر كما لو قال إن وطئتك فعلى أن أصوم اليوم الذى على من قضاء رمضان فى يوم الاثنين وهذا خطأ لأنه يلزمه بالوطء حق

(ومن كتاب الايلاء)

الايلاء هو اليمين آلى يولى إيلاء وألية إذا حلف فهو مول جمعه ألايا قال طرفة :

فآليت لاينفك كشحى بطانة لعضب رقيق الشفرتين مهند

وقال فى الجمع : قليل الألايا حافظ ليمينه وإن سبقت منه الألية برت

ويقال تألى يتألى وكذا ائتلى يأتلى قال الله تعالى ولا يأتل أولوا الفضل منكم . وتألى يتألى ومنه الحديث «من يتأل على الله يكذبه»

وهو إعتاق هذا العبد وأما الصوم فقد حكى أبو علي بن أبي هريرة فيه وجها آخر أنه يتعين بالنذر كالعتق والذي عليه أكثر أصحابنا وهو المنصوص في الأم أنه لا يتعين والفرق بينهما أن الصوم الواجب لا تتفاضل فيه الأيام والرقاب كتفاضل أثمانها وإن قال إن وطئتك فعبدي حر عن ظهاري إن ظاهرت لم يكن موليا في الحال لأنه يمكنه أن يطأها في الحال ولا يلزمه شيء لأنه يقف العتق بعد الوطء على شرط آخر فهو كما لو قال إن وطئتك ودخلت الدار فعبدي حر وإن ظاهر منها قبل الوطء صار موليا لأنه لا يمكنه أن يطأها في مدة الايلاء إلا بحق يلزمه فصار كما لو قال إن وطئتك فعبدي حر .

(فصل) ولا يصح الايلاء إلا على ترك الوطء في الفرج فإن قال والله لا وطئتك في الدبر لم يكن موليا لأن الايلاء هو اليمين التي يمنع بها نفسه من الجماع والوطء في الدبر ممنوع منه من غير يمين ولأن الايلاء هو اليمين التي يقصد بها الاضرار بترك الوطء والوطء الذي يلحق الضرر بتركه هو الوطء في الفرج وإن قال والله لا وطئتك فيما دون الفرج لم يكن موليا لأنه لا ضرر في ترك الوطء فيما دون الفرج.

(فصل) وإن قال والله لا أنيكك في الفرج أو والله لا أغيب ذكري في فرجك أو والله لا أقتضك بذكري وهي بكر فهو مول في الظاهر والباطن لأنه صريح في الوطء في الفرج وإن قال والله لا جامعتك أو لا وطئتك فهو مول في الحكم لأن إطلاقه في العرف يقتضي الوطء في الفرج وإن قال أردت بالوطء وطء القدم وبالجماع الاجتماع بالجسم دين فيه لأنه يحتمل ما يدعيه وإن قال والله لأقتضك ولم يقل بذكري ففيه وجهان أحدهما أنه صريح كالقسم الأول والثاني أنه صريح في الحكم كالقسم الثاني لأنه يحتمل الاقتضاض بغير ذكره وإن قال والله لا دخلت عليك أو لا تجتمع رأسي ورأسك أو لا جمعني وإياك بيت فهو كناية فإن نوى به الوطء في الفرج فهو مول وإن لم تكن له نية فليس بمول لأنه يحتمل الجماع وغيره فلم يحمل على الجماع من غير نية كالكنايات في الطلاق وإن قال والله لا باشرتك أو لا مسستك أو لا أفضي إليك ففيه قولان قال في القديم هو مول لأنه ورد القرآن بهذه الألفاظ والمراد بها الوطء فإن نوى به غير الوطء دين لأنه يحتمل ما يدعيه وقال في الجديد لا يكون موليا إلا بالنية لأنه مشترك بين الوطء وغيره فلم يحمل على الوطء من غير نية كقوله لا اجتمع رأسي ورأسك واختلف أصحابنا في قوله لأصيبنك أو لألمستك أو لا غشيتك أو لا باضعتك فمنهم من قال هو كقوله لا باشرتك أو لا مسستك فيكون على قولين ومنهم من قال هو كقوله لا اجتمع رأسي ورأسك فإن نوى به الوطء في الفرج فهو مول وإن لم يكن له نية فليس بمول وإن قال والله لا غيبت الحشفة في الفرج فهو مول لأن تغييب ما دون الحشفة ليس بجماع ولا يتعلق به أحكام الجماع فصار كما لو قال والله لا وطئتك وإن قال والله لا جامعتك إلا جماع سوء فإن أراد به لا جامعتك إلا في الدبر أو فيما دون الفرج فهو مول لأنه منع نفسه من الجماع في الفرج في مدة الايلاء وإن أراد به لا جامعتك إلا اجماعا ضعيفا لم يكن موليا لأن الجماع الضعيف كالقوي في الحكم فكذلك في الايلاء .

(فصل) ولا يصح الايلاء إلا في مدة تزيد على أربعة أشهر حرا كان الزوج أو عبدا حرة كانت الزوجة أو أمة فإن آلى على ما دون أربعة أشهر لم يكن موليا لقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فدل على أنه لا يصير بما دونه موليا ولأن الضرر لا يتحقق بترك الوطء فيما دون أربعة أشهر والدليل عليه ما روى أن عمر رضي الله عنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول :

ألا طال هذا الليل وازور جانبه وليس إلى جنبي حليل ألاعبه

(قوله لأقتضك) الاقتضاض بالقاف جماع البكر والقضة بالكسر بكارة الجارية (قوله لا باضعتك) قال في الشامل قال أبو حنيفة هو مشتق من البضع وهو الفرج فيكون صريحا. ودليلنا أنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعة من البدن بالبضعة منه والبضعة القطعة من اللحم ومنه الحديث فاطمة بضعة مني . وقيل البضع هو الاسم من باضع إذا جامع (قوله تربص أربعة أشهر) التربص التلبث والمكث والانتظار (قوله وازور جانبه) أي بعد صباحه يقال بئر زوراء أي بعيدة القعر . والزورة البعد وهو من الازورار قال الشاعر :

وماء وردت على زورة كمشي السبنتى يراح الشفيفا

(قوله حليل ألاعبه) اشتقاق الحليل إما من الحل ضد الحرام وإما من حلولهما على الفراش

فوالله لولا الله لاشىء غيره لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربى والحياء يكفنى وأكرم بعلى أن تنال مراكبه

فسأل عمر رضى الله عنه النساء كم تصبر المرأة عن الزوج فقلن شهرين وفى الثالث يقل الصبر وفى الرابع يفقد الصبر فكتب عمر إلى أمراء الأجناد أن لاتحبسوا الرجل عن امرأته أكثر من أربعة أشهر وإن آلى على أربعة أشهر لم يكن موليا لأن المطالبة بالفيئة أو الطلاق بعد أربعة أشهر فإذا آلى على أربعة أشهر لم يبق بعدها إيلاء فلا تصح المطالبة من غير إيلاء :

(فصل) وإن قال والله لاوطئتك فهو مول لأنه يقتضى التأبيد وإن قال والله لاوطئتك مدة أو والله ليطولن عهدك بجماعى فان أراد مدة تزيد على أربعة أشهر فهو مول وإن لم يكن له نية لم يكن موليا لأنه يقع على القليل والكثير فلا يجعل موليا من غير نية وإن قال والله لاوطئتك خمسة أشهر فإذا مضت فوالله لاوطئتك سنة فهما إيلاان فى زمانين لايدخل أحدهما فى الآخر فيكون موليا فى كل واحد منهما لايتعلق أحدهما بالآخر فى حكم من أحكام الإيلاء وإذا تقضى حكم أحدهما بقى حكم الآخر لأنه أفرد كل واحد منهما فى زمان فانفرد كل واحد منهما عن الآخر فى الحكم وإن قال والله لاوطئتك خمسة أشهر ثم قال والله لاوطئتك سنة دخلت المدة الأولى فى الثانية كما إذا قال له على مائة ثم قال له على ألف دخلت المائة فى الألف فيكون إيلاء واحدا إلى سنة بيمين فيضرب لهما مدة واحدة ويوقف لهما وقفا واحدا فإن وطئ بعد الخمسة الأشهر حنث فى يمين واحدة فيجب عليه كفارة واحدة وإن وطئ فى الخمسة الأشهر حنث فى يمينين فيجب عليه فى أحد القولين كفارة وفى الثانى كفارتان وإن قال والله لاوطئتك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لاوطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان أحدهما وهو الصحيح أنه ليس بمول لأن كل واحد من الزمانين أقل من مدة الإيلاء والثانى أنه مول لأنه منع نفسه من وطئها ثمانية أشهر فصار كما لو جمعها فى يمين واحدة :

(فصل) وإن قال إن وطئتك فوالله لاوطئتك ففيه قولان قال فى القديم يكون موليا فى الحال لأن المولى هو الذى يمتنع من الوطء خوف الضرر وهذا يمتنع من الوطء خوفا من أن يطأها فيصير موليا فعلى هذا إذا وطئها صار موليا وذلك ضرر وقال فى الجديد لايكون موليا فى الحال لأنه يمكنه أن يطأها من غير ضرر يلحقه فى الحال فلم يكن موليا فعلى هذا إذا وطئها صار موليا لأنه يبقى يمين يمنع الوطء على التأبيد وإن قال والله لاوطئتك فى السنة إلا مرة صار موليا فى قوله القديم ولايكون موليا فى الحال فى قوله الجديد فإن وطئها نظرت فان لم يبق من السنة أكثر من أربعة أشهر لم يكن موليا وإن بقى أكثر من أربعة أشهر صار موليا :

(فصل) وإن علق الإيلاء على شرط يستحيل وجوده بأن يقول والله لاوطئتك حتى تصعدى إلى السماء أو تصافحى الثريا فهو مول لأن معناه لاوطئتك أبدا وإن علق على ما لايتيقن أنه لايوجد إلا بعد أربعة أشهر مثل أن يقول والله لاوطئتك إلى يوم القيامة أو إلى أن أخرج من بغداد إلى الصين وأعود فهو مول لأن القيامة لاتقوم إلا فى مدة تزيد على أربعة أشهر لأن لها شرائط تتقدمها ونتيقن أنه لايقدر أن يخرج من بغداد إلى الصين ويعود إلا فى مدة تزيد على أربعة أشهر وإن علق على شرط الغالب على الظن أنه لايوجد إلا فى الزيادة على أربعة أشهر مثل أن يقول والله لاوطئتك حتى يخرج الدجال أو حتى يجىء زيد من خراسان ومن عادة زيد أن لايجىء إلا مع الحاج وقد بقى على وقت عادته زيادة عن أربعة أشهر فهو مول لأن الظاهر أنه لايوجد شىء من ذلك إلا فى مدة تزيد على أربعة أشهر وإن علق على أمر يتيقن وجوده قبل أربعة أشهر مثل أن يقول والله لاوطئتك حتى يذبل هذا البقل أو يجف هذا الثوب فليس بمول لأنا نتيقن أن ذلك يوجد قبل أربعة أشهر وإن علقه على الأمر الغالب على الظن أنه يوجد قبل أربعة أشهر مثل أن يقول والله لاوطئتك حتى يجىء زيد من القرية وعادته أن يجىء فى كل جمعة لصلاة الجمعة أو لحمل

(قوله لزعزع) الزعزعة تحريك الشىء : وزعزعته فتزعزع أى حركته فتحرك (قوله ويوقف لهما) من وقفت الدابة أقفها إذا منعتها من المشى (قوله تصافحى الثريا) المصافحة الأخذ باليد والتصافح مثله ومنه الحديث «إذا التقى المسلمان فتصافحا» (قوله لأن لها شرائط تتقدمها) أى علامات قال الله تعالى «فقد جاء أشراطها» (قوله حتى يذبل هذا البقل) ذبل يذبل ذبولا اذا جف ويبس . والبقل معروف وكل نبت اخضرت له الأرض فهو بقل

الحطب لم يكن موليا لأن الظاهر أنه يوجد قبل مدة الإيلاء وإن جاز أن يتأخر لعارض وإن قال والله لاوطئتك حتى أموت أو تموتي فهو مول لأن الظاهر بقاؤهما وإن قال والله لاوطئتك حتى يموت فلان فهو مول ومن أصحابنا من قال ليس بمول والصحيح هو الأول لأن الظاهر بقاؤه ولأنه لو قال إن وطئتك فعبدي حر كان موليا على قوله الجديد وإن جاز أن يموت العبد قبل أربعة أشهر .

(فصل) وإن قال والله لاوطئتك في هذا البيت لم يكن موليا لأنه يمكنه أن يطأها من غير حنث ولأنه لاضرر عليها في ترك الوطء في بيت بعينه وإن قال والله لاوطئتك إلا برضاك لم يكن موليا لما ذكرناه من التعليلين وإن قال والله لاوطئتك إن شئت فقالت في الحال شئت كان موليا وإن أخرت الجواب لم يكن موليا على ماذكرناه في الطلاق :

(فصل) وإن قال لأربع نسوة والله لاوطئتكن لم يصر موليا حتى يطأ ثلاثا منهن لأنه يمكنه أن يطأ ثلاثا منهن من غير حنث فلم يكن موليا وإن وطىء ثلاثا منهن صار موليا من الرابعة لأنه لايمكنه وطؤها إلا بحنث ويكون ابتداء المدة من الوقت الذي تعين فيه الإيلاء وإن طلق ثلاثا منهن كان الايلاء موقوفا في الرابعة لايتعين فيها لأنه يقدر على وطئها من غير حنث ولا يسقط منها لأنه قد يطأ الثلاث المطلقات بنكاح أوسفاح فيتعين الايلاء في الرابعة لأنه يحنث بوطئها والوطء المحظور كالمباح في الحنث ولهذا قال في الأم ولو قال والله لاوطئتك وفلانة الأجنبية لم يكن موليا من امرأته حتى يطأ الأجنبية وإن ماتت من الأربع واحدة سقط الايلاء في الباقيات لأنه قد فات الحنث في الباقيات لأن الوطء في الميتة قد فات ولأن الايلاء على الوطء وإطلاق الوطء لايدخل فيه وطء الميتة ويدخل فيه الوطء المحرم وإن قال لأربع نسوة والله لاوطئت واحدة منكن وهو يريد كلهن صار موليا في الحال لأنه يحنث بوطء كل واحدة منهن ويكون ابتداء المدة من حين اليمين فأيتهن طالبت وقف لها فإن طلقها وجاءت الثانية وقف لها فإن طلقها وجاءت الثالثة وقف لها فان طلقها وجاءت الرابعة وقفها فإن طالبت الأولى فوطئها حنث وسقط الايلاء فيمن بقي لأنه لايحنث بوطئهن بعد حنثه بوطء الأولى وإن طلق الأولى ووطىء الثانية سقط الايلاء في الثالثة والرابعة وإن طلق الأولى والثانية ووطىء الثالثة سقط الايلاء في الرابعة وحدها وإن قال والله لاوطئت واحدة منكن وأراد واحدة بعينها تعين الايلاء فيها دون ماسواها ويرجع في التعيين إلى بيانه لأنه لايعرف إلا من جهته فان عين واحدة وصدقته الباقيات تعين فيها وإن كذبه الباقيات حلف لهن فإن نكل حلفن وثبت فيهن حكم الايلاء بنكوله وإيمانهن وإن قال والله لاوطئت واحدة منكن وهو يريد واحدة لابعينها فله أن يعين فيمن شاء ويؤخذ بالتعيين إذا طلبن ذلك فإذا عين في واحدة منهن لم يكن للباقيات مطالبة وفي ابتداء المدة وجهان أحدهما من وقت اليمين والآخر من وقت التعيين كما قلنا في العدة في الطلاق إذا أوقعه في إحداهن لابعينها ثم عينه في واحدة منهن وإن قال والله لاأصبت كل واحدة منكن فهو مول من كل واحدة منهن وابتداء المدة من حين اليمين فان وطىء واحدة منهن حنث ولم يسقط الايلاء في الباقيات لأنه يحنث بوطء كل واحدة منهن :

(فصل) وإن كانت له امرأتان فقال لاحداهما والله لاأصبتك ثم قال للأخرى أشركتك معها لم يصر موليا من الثانية لأن اليمين بالله عز وجل لايصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية فلم يصح بها اليمين بالله عز وجل وإن قال لاحداهما إن أصبتك فأنت طالق ثم قال للأخرى أشركتك معها ونوى صار موليا لأن الطلاق يصح بالكناية .

(فصل) وإذا صح الايلاء لم يطالب بشيء قبل أربعة أشهر لقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وابتداء المدة من حين اليمين لأنها ثبتت بالنص والاجماع فلم تفتقر إلى الحاكم كمدة العدة فان آلى منها وهناك عذر يمنع من الوطء نظرت فان كان لمعنى في الزوجة بأن كانت صغيرة أو مريضة أو ناشزة أو مجنونة أو محرمة أو صائمة عن فرض أو معتكفة عن فرض لم تحسب المدة وإن طرأ شيء من هذه الأعذار في أثناء المدة انقطعت المدة لأن المدة إنما انظرت لامتناع الزوج من الوطء وليس في هذه الأحوال من جهته امتناع فان زالت هذه الأعذار استؤنفت المدة لأن من شأن هذه المدة أن تكون متوالية فإذا انقطعت استؤنفت كصوم الشهرين المتتابعين فان كانت حائضا حسبت المدة فان طرأ الحيض في أثنائها لم تنقطع لأن الحيض عذر معتاد لاينفك منه فلو قلنا إنه يمنع الاحتساب اتصل الضرر وسقط حكم الايلاء ولهذا لايقطع التتابع في صوم الشهرين

المتتابعين وإن كانت نفساء ففيه وجهان أحدهما أنه يحتسب المدة لأنه كالحيض فى الأحكام فكذلك فى الإيلاء والثانى لا يحتسب وإذا طرأ قطع لأنه عذر نادر فهو كسائر الأعذار وإن كان العذر لمعنى فى الزوج بأن كان مريضا أو مجنونا أو غائبا أو محبوسا أو محرما أو صائما عن فرض أو معتكفا عن فرض حسبت المدة فان طرأ شىء من هذه الأعذار فى أثناء المدة لم تنقطع لأن الامتناع من جهته والزوجية باقية فحسبت المدة عليه وإن آلى فى حال الردة أو فى عدة الرجعية لم تحتسب المدة وإن طرأت الردة أو الطلاق الرجعى فى أثناء المدة انقطعت لأن النكاح قد تشعث بالطلاق والردة فلم يكن للامتناع حكم وإن أسلم بعد الردة أو راجع بعد الطلاق وبقيت مدة التربص استؤنفت المدة لما ذكرناه .

(فصل) إذا طلقها فى مدة التربص انقطعت المدة ولم يسقط الايلاء فان راجعها وقد بقيت مدة التربص استؤنفت المدة فان وطئها حنث فى اليمين وسقط الايلاء لأنه أزال الضرر وإن وطئها وهى نائمة أو مجنونة حنث فى يمينه وسقط الايلاء وإن استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث فى يمينه لارتفاع القلم عنه وهل يسقط حقها فيه وجهان أحدهما يسقط لأنها وصلت إلى حقها والثانى لا يسقط لأن حقها فى فعله لا فى فعلها وإن وطئها وهو مجنون لم يحنث لارتفاع القلم عنه وهل يسقط حقها فيه وجهان أحدهما يسقط وهو الظاهر من المذهب لأنها قد وصلت منه إلى حقها وإن لم يقصد فسقط حقها كما لو وطئها وهو يظن أنها امرأة أخرى والثانى وهو قول المزنى أنه لا يسقط حقها لأنه لا يحنث به فلم يسقط به الايلاء .

(فصل) وإن وطئها وهناك مانع من إحرام أو صوم أو حيض سقط به حقها من الايلاء لأنها وصلت منه إلى حقها وإن كان بمحرم

(فصل) وإن لم يطلقها ولم يطأها حتى انقضت المدة نظرت فان لم يكن عذر يمنع الوطء ثبت لها المطالبة بالفيئة أو الطلاق لقوله عز وجل «للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فان الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم» وإن كانت الزوجة أمة لم يجز للمولى المطالبة وإن كانت مجنونة لم يكن لوليها المطالبة لأن المطالبة بالطلاق أو الفيئة طريقها الشهوة فلا يقوم الولى فيه مقامها والمستحب أن يقول له فى المجنونة اتق الله فى حقها فإما أن تفىء إليها أو تطلقها وإن ثبت لها المطالبة فعفت عنها الزوجة جاز لها أن ترجع وتطالب لأنها إنما ثبت لها المطالبة لدفع الضرر بترك الوطء وذلك يتجدد مع الأحوال فجاز لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ وإن طولب بالفيئة فقال أمهلونى ففيه قولان أحدهما يمهل ثلاثة أيام لأنه قريب والدليل عليه قوله عز وجل ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب فعقروها فقال تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب ولهذا قدر به الخيار فى البيع والثانى يمهل قدر ما يحتاج إليه للتأهب للوطء فان كان ناعسا أمهل الى أن ينام وإن كان جائعا أمهل إلى أن يأكل وإن كان شبعانا أمهل إلى أن يخف وإن كان صائما أمهل إلى أن يفطر لأنه حق حل عليه وهو قادر على أدائه فلم يمهل أكثر من قدر الحاجة كالدين الحال .

(فصل) وإن وطئها فى الفرج فقد أوفاها حقها وسقط الايلاء وأدناه أن تغيب الحشفة فى الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به وإن وطئها فى الموضع المكروه أو وطئها فيما دون الفرج لم يعتد به لأن الضرر لا يزول إلا بالوطء فى الفرج فان وطئها فى الفرج فان كانت اليمين بالله تعالى فهل تلزمه الكفارة فيه قولان قال فى القديم لا تلزمه لقوله عز وجل فان فاءوا فان الله غفور رحيم فعلق المغفرة بالفيئة فدل على أنه قد استغنى عن الكفارة وقال فى الجديد تلزمه الكفارة وهو الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه ولأنه حلف بالله تعالى وحنث فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك صلاة فصلاها واختلف أصحابنا فى موضع القولين فمنهم من قال القولان فيمن جامع وقت المطالبة فأما إذا وطئ فى مدة التربص فانه يجب عليه الكفارة قولا واحدا لأن بعد المطالبة الفيئة واجبة فلا يجب بها كفارة كالحلق عند التحلل ومنهم من قال القولان فى الحالين ويخالف كفارة الحج فانها تجب بالمحظور والحلق المحظور هو الحلق فى حال الإحرام وأما الحلق عند التحلل فهو نسك وليس كذلك كفارة اليمين فانها تجب بالحنث والحنث الواجب كالحنث المحظور فى إيجاب الكفارة وإن كان الايلاء على عتق وقع بنفس الوطء لأنه عتق معلق على شرط فوقع بوجوده وإن كان على نذر عتق أو نذر صوم

(قوله بالفيئة) هى الرجوع. فاء يفىء إذا رجع. قال الله تعالى «فان فاءوا فان الله غفور رحيم» أى فان رجعوا ومنه الفىء الذى

أو صلاة أوالتصدق بمال فهو بالخيار بين أن يفي بما نذر وبين أن يكفر كفارة يمين لأنه نذر نذرا على وجه اللجاج والغضب فيخير فيه بين الكفارة وبين الوفاء بما نذر وإن كان الايلاء على الطلاق الثلاث طلقت ثلاثا لأنه طلاق معلق على شرط فوقع بوجوده وهل يمنع من الوطء أم لا فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن خيران أنه يمنع من وطئها لأنها تطلق قبل أن ينزع فمنع منه كما يمنع في شهر رمضان أن يجامع وهو يخشى أن يطلع الفجر قبل أن ينزع والثاني وهو المذهب أنه لا يمنع لأن الايلاج صادف النكاح والذي يصادف غير النكاح هو النزع وذلك ترك الوطء وما تعلق التحريم بفعله لا يتعلق بتركه ولهذا لو قال لرجل ادخل داري ولا تقم فيها جاز أن يدخل ثم يخرج وإن كان الخروج في حال الحظر وأما مسئلة الصوم فقد ذكر بعض أصحابنا أنها على وجهين: أحدهما أنه لا يمنع فلا فرق بينها وبين مسألتنا فعلى هذا لا يزيد على تغييب الحشفة في الفرج ثم ينزع فان زاد على ذلك أو استدام لم يجب عليه الحد لأنه وطء اجتمع فيه التحليل والتحريم فلم يجب به الحد وهل يجب به المهر فيه وجهان أحدهما يجب كما تجب الكفارة على الصائم إذا أولج قبل الفجر واستدام بعد طلوعه والثاني لا يجب لأن ابتداء الوطء يتعلق به المهر الواجب بالنكاح لأن المهر في مقابلة كل وطء يوجد في النكاح وقد تكون مفوضة فيجب عليه المهر بتغييب الحشفة فلو أوجبنا بالاستدامة مهرا أدى إلى إيجاب مهرين بايلاج واحد وليس كذلك الكفارة فانها لا تتعلق بابتداء الجماع فلا يؤدي إيجابها في الاستدامة إلى إيجاب كفارتين بايلاج واحد وإن نزع ثم أولج نظرت فان كانا جاهلين بالتحريم بأن اعتقدا أن الطلاق لا يقع إلا باستكمال الوطء لم يجب عليهما الحد للشبهة فعلى هذا يجب المهر وإن كانا عالمين بالتحريم ففي الحد وجهان أحدهما أنه يجب لأنه إيلاج مستأنف محرم من غير شبهة فوجب به الحد كالايلاج في الأجنبية فعلى هذا لا يجب المهر لأنها زانية والثاني لا يجب الحد لأن الايلاجات وطء واحد فاذا لم يجب في أوله لم يجب في إتمامه فعلى هذا يجب لها المهر وإن علم الزوج بالتحريم وجهلت الزوجة أو علمت ولم تقدر على دفعه لم يجب عليها الحد ويجب لها المهر وفي وجوب الحد على الزوج وجهان وإن كان الزوج جاهلا بالتحريم وهي عالمة ففي وجوب الحد عليها وجهان أحدهما يجب فعلى هذا لا يجب لها المهر والثاني لا يجب فعلى هذا يجب لها المهر.

(فصل) وإن طلق فقد سقط حكم الايلاء وبقيت اليمين فان امتنع ولم يفء ولم يطلق ففيه قولان قال في القديم لا يطلق عليه الحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق لمن أخذ بالساق ولأن ما خير فيه الزوج بين أمرين لم يقم الحاكم فيه مقامه في الاختيار كما لو أسلم وتحته أختان فعلى هذا يحبس حتى يطلق أو يفيء كما يحبس إذا امتنع من اختيار إحدى الأختين وقال في الجديد يطلق الحاكم عليه لأن ما دخلت النيابة فيه وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم فيه مقامه كقضاء الدين فعلى هذا يطلق عليه طلقة وتكون رجعية وقال أبو ثور تقع طلقة بائنة لأنها فرقة لدفع الضرر لفقد الوطء فكانت بائنة كفرقة العنين وهذا خطأ لأنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق من غير إيلاء ويخالف فرقة العنين فان تلك الفرقة فسخ وهذا طلاق فاذا وقع الطلاق ولم يراجع حتى بانت ثم تزوجها والمدة باقية فهل يعود الايلاء على ما ذكرناه في عود اليمين في النكاح الثاني فان قلنا يعود فان كانت المدة باقية استؤنفت مدة الايلاء ثم طولب بعد انقضائها بالفيئة أو الطلاق فان راجعها والمدة باقية استؤنفت المدة وطولب بالفيئة أو الطلاق وعلى هذا إلى أن يستوفي الثلاث فان عادت إليه بعد استيفاء الثلاث والمدة باقية فهل يعود الايلاء على قولين.

(فصل) وإن انقضت المدة وهناك عذر يمنع الوطء نظرت فان كان لمعنى فيها كالمرض والجنون الذي لا يخاف منه أو الاغماء الذي لا تمييز معه أو الحبس في موضع لا يصل إليه أو الاحرام أو الصوم الواجب أو الحيض أو النفاس لم يطالب لأن المطالبة تكون مع الاستحقاق وهي لا تستحق الوطء في هذه الأحوال فلم تجز المطالبة به وإن كان العذر من جهته نظرت فان كان مغلوبا على عقله لم يطالب لأنه لا يصلح للخطاب ولا يصلح منه جواب فان كان مريضا مرضا يمنع الوطء أو حبس بغير حق حبسا يمنع الوصول إليه طولب أن يفيء فيئة المعذور بلسانه وهو أن يقول لست أقدر على الوطء ولو قدرت لفعلت فاذا قدرت فعلت وقال أبو ثور

هو الظل. والفيء الغنيمة. أصله كله الرجوع وكله مهموز (قوله على وجه اللجاج والغضب) اللجاج والملاجة التي تؤدي إلى الخصومة وتطويلها.

لا يلزمه الفيئة باللسان لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالفيئة باللسان وهذا خطأ لأن القصد بالفيئة ترك ما قصد إليه من الأضرار وقد ترك القصد إلى الأضرار بما أتى به من الاعتذار ولأن القول مع العذر يقوم مقام الفعل عند القدرة ولهذا نقول إن إشهاد الشفيع على طلب الشفعة في حال الغيبة يقوم مقام الطلب في حال الحضور في إثبات الشفعة وإذا فاء باللسان ثم قدر طولب بالوطء لأنه تأخر بعذر فإذا زال العذر طولب به :

(فصل) وإن انقضت المدة وهو غائب فإن كان الطريق آمنا فلها أن توكل من يطالبه بالمسير إليها أو بحملها إليه أو بالطلاق وإن كان الطريق غير آمن فاء فيئة معذور إلى أن يقدر فإن لم يفعل أخذ بالطلاق .

(فصل) وإن انقضت المدة وهو محرم قيل له إن وطئت فسد إحرامك وإن لم تطأ أخذت بالطلاق فإن طلقها سقط حكم الايلاء وإن وطئها فقد أوفاها حقها وفسد نسكه وإن لم يطأ ولم يطلق ففيه وجهان أحدهما يقتنع منه بفيئة معذور إلى أن يتحلل لأنه غير قادر على الوطء فأشبه المريض والمحبوس والثاني لا يقتنع منه وهو ظاهر النص لأنه امتنع من الوطء بسبب من جهته :

(فصل) وإن انقضت المدة وهو مظاهر قيل له إن وطئت قبل التكفير أثمت للظهار وإن لم تطأ أخذت بالطلاق فإن قال أمهلوني حتى أشترى رقبة أكفر بها أمهل ثلاثة أيام وإن قال أمهلوني حتى أكفر بالصيام لم يمهل لأن مدة الصيام تطول وإن أراد أن يطأها قبل أن يكفر وقالت المرأة لا أمكنك من الوطء لأني محرمة عليك فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله أنه ليس لها أن تمتنع فإن امتنعت سقط حقها من المطالبة كما نقول فيمن له دين على رجل فأحضر مالا فامتنع صاحب الحق من أخذه وقال لا آخذه لأنه مغصوب أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه من الدين وعندي أن لها أن تمتنع لأنه وطء محرم فجاز لها أن تمتنع منه كوطء الرجعية ويخالف صاحب الدين فإنه يدعى أنه مغصوب والذى عليه الدين يدعى أنه ماله والظاهر معه فإن اليد تدل على الملك وليس كذلك وطء المظاهر منها فإنهما متفقان على تحريمه فنظيره من المال أن يتفقا على أنه مغصوب فلا يجبر صاحب الدين على أخذه :

(فصل) وإن انقضت المدة فادعى أنه عاجز ولم يكن قد عرف حاله أنه عنين أو قادر ففيه وجهان أحدهما وهو ظاهر النص أنه يقبل قوله لأن التعنين من العيوب التي لا يقف عليها غيره فقبل قوله فيه مع اليمين فإن حلف طولب بفيئة معذور أو يطلق والوجه الثاني أنه لا يقبل قوله لأنه متهم فعلى هذا يؤخذ بالطلاق .

(فصل) وإن آلى المجبوب وقلنا إنه يصح إيلاؤه أو آلى وهو صحيح الذكر وانقضت المدة وهو مجبوب فاء فيئة معذور وهو أن يقول لو قدرت فعلت فإن لم يفىء أخذ بالطلاق :

(فصل) وإن اختلف الزوجان في انقضاء المدة فادعت المرأة انقضاءها وأنكر الزوج فالقول قول الزوج لأن الأصل أنها لم تنقض ولأن هذا اختلاف في وقت الايلاء فكان القول فيه قوله وإن اختلفا في الإصابة فادعى الزوج أنه أصابها وأنكرت المرأة فعلى ما ذكرناه في العنين :

﴿ كتاب الظهار ﴾

الظهار محرم لقوله عز وجل الذين يظهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من

(قوله من العيوب التي لا يقف عليها غيره) أي لا يطلع عليها : يقال وقفت على العيب وأوقفت غيرى عليه أى أطلعته :

(ومن كتاب الظهار)

١ الظهار مشتق من الظهر : وكل مركوب يقال له ظهر . قال ابن قتيبة وإنما خصوا الظهر بالتحريم دون سائر الأعضاء لأنه موضع الركوب والمرأة مركوبة إذا غشيت ، فكأنه أراد بقوله أنت على كظهر أمي ركوبك للنكاح على حرام كركوب أمي للنكاح وهو استعارة وكناية عن الجماع (قوله إلا اللائى ولدنهم) هو جمع التي يقال اللائى واللاتى :

القول وزورا ويصح ذلك من كل زوج مكلف لقوله عز وجل والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ولأنه قول يختص به النكاح فصح من كل زوج مكلف كالطلاق ولا يصح من السيد في أمته لقوله عز وجل «والذين يظهرون من نسائهم» فخص به الأزواج ولأن الظهار كان طلاقا في النساء في الجاهلية فنسخ حكمه وبقي محله .

(فصل) وإن قال أنت علي كظهر أمي فهو ظهار وإن قال أنت علي كظهر جدتي فهو ظهار لأن الجدة من الأمهات ولأنها كالأم في التحريم وإن قال أنت علي كظهر أبي لم يكن ظهارا لأنه ليس بمحل الاستمتاع فلم يصر بالتشبيه به مظاهرا كالبهيمة وإن قال أنت علي كظهر أختي أو عمتي ففيه قولان قال في القديم ليس بظهار لأن الله تعالى نص على الأمهات وهن الأصل في التحريم وغيرهن فرع لهن ودونهن فلم يلحقن بهن في الظهار وقال في الجديد هو ظهار وهو الصحيح لأنها محرمة بالقرابة على التأبيد فأشبهت الأم وإن شبهها بمحرمة من غير ذوات المحارم نظرت فإن كانت امرأة حلت له ثم حرمت عليه كالملاعنة والأم من الرضاع وحليلة الأب بعد ولادته، أو محرمة تحل له في الثاني كأخت زوجته وخالتها وعمتها لم يكن ظهارا لأنهن دون الأم في التحريم وإن لم تحل له قط ولا تحل له في الثاني كحليلة الأب قبل ولادته فعلى القولين في ذوات المحارم .

(فصل) وإن قال أنت عندي أو أنت مني أو أنت معي كظهر أمي فهو ظهار لأنه يفيد ما يفيد قوله أنت علي كظهر أمي وإن شبهها بعضو من أعضاء الأم غير الظهر بأن قال أنت علي كفرج أمي أو كيدها أو كرأسها فالمنصوص أنه ظهار ومن أصحابنا من جعلها على قولين قياسا على من شبهها بذات رحم محرم منه غير الأم والصحيح أنه ظهار قولا واحدا لأن غير الظهر كالظهر في التحريم وغير الأم دون الأم في التحريم وإن قال أنت علي كبدن أمي فهو ظهار لأنه يدخل الظهر فيه وإن قال أنت علي كروح أمي ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه ظهار لأنه يعبر به عن الجملة والثاني أنه كناية لأنه يحتمل أنها كالروح في الكرامة فلم يكن ظهارا من غير نية والثالث وهو قول علي بن أبي هريرة أنه ليس بصريح ولا كناية لأن الروح ليس من الأعيان التي يقع بها التشبيه وإن شبه عضوا من زوجته بظهر أمه بأن قال رأسك أو يدك علي كظهر أمي فهو ظهار لأنه قول يوجب تحريم الزوجة فجاز تعليقه على يدها ورأسها كالطلاق وعلى قول ذلك القائل يجب أن يكون ههنا قول آخر أنه ليس بظهار .

(فصل) وإن قال أنت علي كأمي أو مثل أمي لم يكن ظهارا إلا بالنية لأنه يحتمل أنها كالأم في التحريم أو في الكرامة فلم يجعل ظهارا من غير نية كالكنايات في الطلاق .

(فصل) وإن قال أنت طالق ونوى به الظهار لم يكن ظهارا وإن قال أنت علي كظهر أمي ونوى به الطلاق لم يكن طلاقا لأن كل واحد منهما صريح في موجبه في الزوجية فلا ينصرف عن موجبه بالنية وإن قال أنت طالق كظهر أمي ولم ينو شيئا وقع الطلاق بقوله أنت طالق ويلغى قوله كظهر أمي لأنه ليس معه ما يصير به ظهارا وهو قوله أنت علي أو مني أو معي أو عندي فيصير كما لو قال ابتداء كظهر أمي وإن قال أردت أنت طالق طلاقا يحرم كما يحرم الظهار وقع الطلاق وكان قوله كظهر أمي تأكيدا وإن قال أردت أنت طالق وأنت علي كظهر أمي فإن كان الطلاق رجعيا صار مطلقا ومظاهرا وإن كانت بائنا وقع الطلاق ولم يصح الظهار لأن الظهار يلحق الرجعية ولا يلحق البائن وإن قال أنت علي حرام كظهر أمي ولم ينو شيئا فهو ظهار لأنه أتى بصريحه وأكده بلفظ التحريم وإن نوى به الطلاق فقد روى الربيع أنه طلاق وروي في بعض نسخ المزني أنه ظهار وبه قال بعض أصحابنا لأن ذكر الظهار قرينة ظاهرة ونية الطلاق قرينة خفية فقدمت القرينة الظاهرة على القرينة الخفية والصحيح أنه طلاق وأما الظهار فهو غلط وقع في بعض النسخ لأن التحريم كناية في الطلاق والكناية مع النية كالصريح فصار كما لو قال أنت طالق كظهر أمي وإن قال أردت الطلاق والظهار فإن كان الطلاق رجعيا صار مطلقا ومظاهرا وإن كان الطلاق بائنا صح الطلاق ولم يصح الظهار لما ذكرناه فيما تقدم وعلى مذهب ذلك القائل هو مظاهر لأن القرينة الظاهرة مقدمة وإن قال أردت تحريم عينها وجبت كفارة

(قوله ثم يعودون لما قالوا) أي إلى ما قالوا فاللام بمعنى إلى (قوله فتحرير رقبة) أي عتقها . وأصل الحر الخالص من كل شيء كأنه خاص من رق العبودية . ومنه قوله تعالى «إني نذرت لك ما في بطني محررا» أي مخلصا لعبادة الله تعالى عن أعمال الدنيا . يقال حر أي خالص (قوله زوج مكلف) قد ذكر التكليف وأنه يجاب المفروضات .

يمين وعلى قول ذلك القائل هو مظاهر.

(فصل) ويصح الظهار مؤقتا وهو أن يقول أنت على كظهر أمي يوما أو شهرا نص عليه في الأم وقال في اختلاف العراقيين لا يصير مظاهرا لأنه لو شبهها بمن تحرم إلى وقت لم يصر مظاهرا فكذلك إذا شبهها بأمه إلى وقت والصحيح هو الأول لما روى سلمة بن صخر قال كنت امرأ أصيب من النساء مالا يصيب غيرى فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئا يتتابع بي حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ رمضان فبينما هي تحدثني ذات ليلة وتكشف لي منها شيء فلم ألبث أن نزوت عليها فانطلقت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال حرر رقبة ولأن الحكم إنما تعلق بالظهار لقوله المنكر والزور وذلك موجود في المؤقت.

(فصل) ويجوز تعليقه بشرط كدخول الدار ومشيئة زيد لأنه قول يوجب تحريم الزوجة فجاز تعليقه بالشرط كالطلاق وإن قال إن تظاهرت من فلانة فأنت على كظهر أمي ثم تزوج فلانة وتظاهر منها صار مظاهرا من الزوجة لأنه قد وجد شرط ظهارها وإن قال إن تظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت على كظهر أمي ثم تزوج فلانة وظاهر منها ففيه وجهان أحدهما لا يصير مظاهرا من الزوجة لأنه شرط أن يظاهر من الأجنبية والشرط لم يوجد فصار كما لو قال إن تظاهرت من فلانة وهي أجنبية فأنت على كظهر أمي ثم تزوجها وظاهر منها والثاني يصير مظاهرا منها لأنه علق ظهارها بعينها ووصفها بصفة والحكم إذا تعلق بعين على صفة كانت الصفة تعريفا لا شرطا كما لو قال والله لا دخلت دار زيد هذه فباعها زيد ثم دخلها فإنه يحنث وإن لم تكن ملك زيد.

(فصل) وإن قالت الزوجة لزوجها أنت على كظهر أبي أو أنا عليك كظهر أمك لم يلزمها شيء لأنه قول يوجب تحريما في الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق.

(فصل) وإذا صح الظهار ووجد العود وجبت الكفارة لقوله عز وجل «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة» والعود هو أن يمسكها بعد الظهار زمانا يمكنه أن يطلقها فلم يفعل وإن ماتت المرأة عقيب الظهار أو طلقها عقيب الظهار لم تجب الكفارة والدليل على أن العود ما ذكرناه هو أن تشبيهها بالأم يقتضي أن لا يمسكها فإذا أمسكها فقد عاد فيما قال فإذا ماتت أو طلقها عقيب الظهار لم يوجد العود فيما قال.

(فصل) وإن تظاهر من رجعية لم يصر عائدا قبل الرجعة لأنه لا يوجد الإمساك وهي تجري إلى البينونة فإن راجعها فهل تكون الرجعة عودا أم لا فيه قولان. قال في الإملاء لا تكون عودا حتى يمسكها بعد الرجعة لأن العود استدامة الإمساك والرجعة ابتداء استباحة فلم تكن عودا وقال في الأم هو عود لأن العود هو الإمساك وقد سمى الله عز وجل الرجعة إمساكا فقال فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولأنه إذا حصل العود باستدامة الإمساك فلأن يحصل بابتداء الاستباحة أولى وإن بانت منه ثم تزوجها فهل يعود الظهار أم لا على الأقوال التي مضت في الطلاق فإذا قلنا إنه يعود فهل يكون النكاح عودا فيه وجهان الصحيح لا بناء عن القولين في الرجعة وإن ظاهر الكافر من امرأته وأسلمت المرأة عقيب الظهار فان كان قبل الدخول لم تجب الكفارة لأنه لم يوجد العود وإن كان بعد الدخول لم يصر عائدا مادامت في العدة لأنها تجري إلى البينونة وإن أسلم الزوج قبل انقضاء العدة ففيه وجهان أحدهما لا يصير عائدا لأن العود هو الإمساك على النكاح وذلك لا يوجد إلا بعد الاسلام والثاني يصير عائدا لأن قطع البينونة بالاسلام أبلغ من الامساك فكان العود به أولى.

(فصل) وإن كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج عقيب الظهار ففيه وجهان أحدهما أن الملك عود لأن العود أن يمسكها على الاستباحة وذلك قد وجد والثاني وهو قول أبي إسحاق أن ذلك ليس بعود لأن العود هو الامساك على الزوجية والشروع في الشراء تسبب لفسخ النكاح فلم يجز أن يكون عودا وإن قذفها وأتى من اللعان بلفظ الشهادة وبقي لفظ اللعن فظاهر منها ثم أتى بلفظ اللعن عقيب الظهار لم يكن ذلك عودا لأنه يقع به الفرقة فلم يكن عودا كما لو طلقها وإن قذفها ثم ظاهر

(قوله شيئا يتتابع بي) التتابع التهافت في الشر واللجاج ولا يكون التتابع إلا في الشر: والسكران يتتابع أي يرمي بنفسه: وتتابع البعير في مشيه إذا حرك ألواحه (قوله فلم ألبث أن نزوت عليها) أي قفزت وطفرت

منها ثم أتى بلفظ اللعان ففيه وجهان أحدهما أنه صار عائدا لأنه أمسكها زمانا أمكنه أن يطلقها فيه فلم يطلق والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه لا يكون عائدا لأنه اشتغل بما يوجب الفرقة فصار كما لو ظاهر منها ثم طلق وأطال لفظ الطلاق .

(فصل) وإن كان الظهار مؤقتا ففي عوده وجهان أحدهما وهو قول المزني أن العود فيه أن يمسكها بعد الظهار زمانا يمكنه أن يطلقها فيه كما قلنا في الظهار المطلق والثاني وهو المنصوص أنه لا يحصل العود فيه إلا بالوطء لأن إمساكه يجوز أن يكون لوقت الظهار ويجوز أن يكون لما بعد مدة الظهار فلا يتحقق العود إلا بالوطء فإن لم يطأها حتى مضت المدة سقط الظهار ولم تجب الكفارة لأنه لم يوجد العود

(فصل) وإن تظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات وأمسكهن لزمه لكل واحدة كفارة وإن تظاهر منهن بكلمة واحدة بأن قال أنتن علي كظهر أمي وأمسكهن ففيه قولان قال في القديم تلزمه كفارة واحدة لما روى ابن عباس وسعيد بن المسيب رضي الله عنهما أن عمر رضي الله عنه سئل عن رجل تظاهر من أربع نسوة فقال يجزيه كفارة واحدة وقال في الجديد يلزمه أربع كفارات لأنه وجد الظهار والعود في حق كل واحدة منهن فلزمه أربع كفارات كما لو أفردهن بكلمات وإن تظاهر من امرأة ثم ظاهر منها قبل أن يكفر عن الأول نظرت فإن قصد التأكيد لزمه كفارة واحدة وإن قصد الاستئناف ففيه قولان قال في القديم تلزمه كفارة واحدة لأن الثاني لم يؤثر في التحريم وقال في الجديد يلزمه كفارتان لأنه قول يؤثر في تحريم الزوجة كرره على وجه الاستئناف فتعلق بكل مرة حكم كالطلاق وإن أطلق ولم ينو شيئا فقد قال بعض أصحابنا حكمه حكم ما لو قصد التأكيد ومنهم من قال حكمه حكم ما لو قصد الاستئناف كما قلنا فيمن كرر الطلاق وإن كانت له امرأتان وقال لاحداهما إن تظاهرت منك فالأخرى علي كظهر أمي ثم تظاهر من الأولى وأمسكها لزمه كفارتان قولا واحدا لأنه أفرد كل واحدة منهما بظهار .

(فصل) وإذا وجبت الكفارة حرم وطؤها إلى أن يكفر لقوله عز وجل «والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا» فشرط في العتق والصوم أن يكونا قبل المسيس وقسنا عليهما الاطعام وروى عكرمة أن رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال ما حملك على ما صنعت قال رأيت بياض ساقها في القمر قال فاعتزلها حتى تكفر عن يمينك واختلف قوله في المباشرة فيما دون الفرج فقال في القديم تحرم لأنه قول يؤثر في تحريم الوطء فحرم به ما دونه من المباشرة كالطلاق ، وقال في الجديد لا تحرم لأنه وطء لا يتعلق بتحريمه مال فلم يجاوزه التحريم كوطء الحائض والله أعلم .

(باب كفارة الظهار)

وكفارته عتق رقبة لمن وجد وصيام شهرين متتابعين لمن لم يجد الرقبة وإطعام ستين مسكينا لمن لا يجد الرقبة ولا يطيق الصوم والدليل عليه قوله عز وجل «والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا» وروت خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه ويقول اتق الله فإنه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن «قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله» الآية فقال يعتق رقبة فقلت لا يجد قال فليصم شهرين متتابعين قلت يارسول الله شيخ كبير ما به صيام قال فليطعم ستين مسكينا قلت يارسول الله ما عنده شيء يتصدق به قال فأتى بعرق من تمر قلت يارسول الله وأنا أعينه بعرق آخر قال قد أحسنت فاذهبي فاطعمي بهما عنه ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك فإن كان له مال يشتري به رقبة فاضلا عما يحتاج إليه لقوته ولكسوته ومسكنه وبضاعة

(قوله من قبل أن يتماسا) المماسة ههنا الجماع ومنه قوله تعالى «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن» سمي بذلك لمس البشرة البشرة وكذلك سميت المباشرة لمس البشرة البشرة وهي ظاهر الجلد (قوله الكفارة) مأخوذة من كفرت الشيء إذا غطيته وسترته كأنها تغطي الذنوب وتسترها قال لبيد * كفر النجوم ظلامها * (قوله أتي بعرق من تمر) العرق بفتح الراء القفة من الخوص وغيره قبل أن يجعل منه الزنبيل . ومنه قيل للزنبيل عرق

لابد له منها وجب عليه العتق وإن كان له رقبة لايستغنى عن خدمتها بأن كان كبيرا أومريضا أوممن لايخدم نفسه لم يلزمه صرفها فى الكفارة لأن مايستغرقه حاجته كالمعدوم فى جواز الانتقال إلى البدل كما نقول فيمن معه ماء يحتاج إليه للعطش وإن كان ممن يخدم نفسه ففيه وجهان أحدهما يلزمه العتق لأنه مستغن عنه والثانى لايلزمه لأنه ممن أحد إلاويحتاج إلى الترفه والخدمة وإن وجبت عليه كفارة وله مال غائب إن كان لاضرر عليه فى تأخير الكفارة ككفارة القتل وكفارة الوطء فى رمضان لم يجز أن ينتقل إلى الصوم لأنه قادر على العتق من غير ضرر فلايكفر بالصوم كما لوحضر المال وإن كان عليه ضرر فى تأخير الكفارة ككفارة الظهار ففيه وجهان أحدهما لايكفر بالصوم لأن له مالا فاضلا عن كفايته يمكنه أن يشترى به رقبة فلايكفر بالصوم كما نقول فى كفارة القتل والثانى له أن يكفر بالصوم لأن عليه ضررا فى تحريم الوطء إلى أن يحضر المال فجاز له أن يكفر بالصوم :

(فصل) وإن اختلف حاله من حين وجبت الكفارة إلى حين الأداء ففيه ثلاثة أقوال أحدها أن يعتبر حال الأداء لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها فاعتبر بها حال الأداء كالوضوء والثانى يعتبر حال الوجوب لأنه حق يجب على وجه التطهير فاعتبر فيه حال الوجوب كالحد والثالث يعتبر أغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين الأداء فأى وقت قدر على العتق لزمه لأنه حق يجب فى الذمة بوجود المال فاعتبر فيه أغلظ الأحوال كالحج .

(فصل) ولايجزىء فى شىء من الكفارات إلا رقبة مؤمنة لقوله عز وجل «ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة» نص فى كفارة القتل على رقبة مؤمنة وقسنا عليها سائر الكفارات :

(فصل) ولايجزىء إلا رقبة سليمة من العيوب التى تضر بالعمل ضررا بينا لأن المقصود تمليك العبد منفعته وتمكينه من التصرف وذلك لايحصل مع العيب الذى يضر بالعمل ضررا بينا فان أعتق أعمى لم يجز لأن العمى يضر بالعمل الضرر البين وإن أعتق أعور أجزأه لأن العور لايضر بالعمل ضررا بينا لأنه يدرك مايدرك البصير بالعينين ولا يجزىء مقطوع اليد أو الرجل لأن ذلك يضر بالعمل ضررا بينا ولا يجزىء مقطوع الابهام أو السبابة أو الوسطى لأن منفعة اليد تبطل بقطع كل واحد منهما ويجزىء مقطوع الخنصر أو البنصر لأنه لاتبطل منفعة اليد بقطع إحداهما ان قطعتا جميعا فان كانتا من كف واحدة لم تجزه لأنه تبطل منفعة اليد بقطعهما وإن كانتا من كفين أجزأه لأنه لاتبطل منفعة كل واحد من الكفين وإن قطع منه أنملتان فان كانتا من الخنصر أو البنصر أجزأه لأن ذهاب كل واحدة منهما لايمنع الإجزاء فلأن لايمنع ذهاب أنملتين أولى وإن كانتا من الوسط أو السبابة لم يجزه لأنه تبطل به منفعة الأصبع وإن قطعت منه أنملة فان كانت من غير الإبهام أجزأه لأنه لاتبطل به منفعة الأصبع وإن كانت من الإبهام لم يجزه لأنه تبطل به منفعة الابهام :

(فصل) وإن كان أعرج نظرت فان كان عرجا قليلا أجزأه لأنه لايضر بالعمل ضررا بينا وإن كان كثيرا لم يجزه لأنه يضر بالعمل ضررا بينا ويجزىء الأصم لأن الصمم لايضر بالعمل بل يزيد فى العمل لأنه لايسمع مايشغله وأما الأخرس فقد قال فى موضع يجزئه وقال فى موضع لايجزئه فمن أصحابنا من قال إن كان مع الخرس صمم لم يجزه لأنه يضر بالعمل ضررا بينا وإن لم يكن معه صمم أجزأه لأنه لايضر بالعمل ضررا بينا وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال إن كان يعقل الإشارة أجزأه لأنه يبلغ بالاشارة مايبلغ بالنطق وإن كان لايعقل لم يجزه لأنه يضر بالعمل ضررا بينا وحمل القولين على هذين الحالين وإن كان مجنونا جنونا مطبقا يمنع العمل لم يجزه لأنه لايصلح للعمل وإن كان يجن ويفيق نظرت فان كان زمان الجنون أكثر لم يجزه لأنه يضر به ضررا بينا وإن كان زمان الافاقة أكثر أجزأه لأنه لايضر به ضررا بينا ويجزىء الأحمق وهو الذى يفعل الشىء فى غير موضعه مع العلم بقبحه :

(فصل) ويجزىء الأجدع لأنه كغيره فى العمل ويجزىء مقطوع الأذن لأن قطع الأذن لايؤثر فى العمل وغيره أولى منه ليخرج من الخلاف فان عند مالك لايجزئه ويجزىء ولد الزنا لأنه كغيره فى العمل وغيره أولى منه لأن الزهرى والأوزاعى

(قوله أنملتان) الأنامل رءوس الأصابع واحدتها أنملة بالفتح ذكره فى الصحاح (قوله جنونا مطبقا) المطبق الذى لايفيق منه من المطابقة بين الشيئين وهى الموالاة لأنه يتوالى جنونه

لايجزان ذلك ويجزئ المجبوب والخصى لأن الجب والخصى لايضران بالعمل ضررا بينا ويجزئ الصغير لأنه يرجى من منافعه وتصرفه أكثر مما يرجى من الكبير ولايجزئ عتق الحمل لأنه لم يثبت له حكم الأحياء ولهذا لايجب عنه زكاة الفطر ويجزئ المريض الذى يرجى برؤه ولايجزئ من لايرجى برؤه لأنه لاعمل فيه ويجزئ نضو الخلق إذا لم يعجز عن العمل ولايجزئ إذا عجز عن العمل وإن أعتق مرهونا أو جانيا وجوزنا عتقه أجزأه لأنه كغيره فى العمل .

(فصل) ولايجزئ عبد مغصوب لأنه ممنوع من التصرف فى نفسه فهو كالزمن وإن أعتق غائبا لايعرف خبره فظاهر ماقاله هاهنا أنه لايجزئه وقال فى زكاة الفطر إن عليه فطرته فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما يجزئه عن الكفارة وتجب زكاة الفطر عنه لأنه على يقين من حياته وعلى شك من موته واليقين لايزال بالشك والثانى لايجزئه فى الكفارة ولاتجب زكاة فطرته لأن الأصل فى الكفارة وجوبها فلا تسقط بالشك والأصل فى زكاة الفطر براءة ذمته منها فلاتجب بالشك ومنهم من قال لايجزئه فى الكفارة وتجب زكاة الفطر لأن الأصل ارتهان ذمته بالكفارة بالظهار المتحقق وارتهانها بالزكاة بالملك المتحقق فلم تسقط الكفارة بالحياة المشكوك فيها ولا الزكاة بالموت المشكوك فيه .

(فصل) ولايجزئ عتق أم الولد ولا المكاتب لأنهما يستحقان العتق بغير الكفارة بدليل أنه لايجوز إبطاله بالبيع فلا يسقط بعتقهما فرض الكفارة كما لو باع من فقير طعاما ثم دفعه إليه عن الكفارة ويجزئ المدبر والمعتق بصفة لأن عتقهما غير مستحق بدليل أنه يجوز إبطاله بالبيع .

(فصل) وإن اشترى من يعتق عليه من الأقارب ونوى عتقه عن الكفارة لم يجزه لأن عتقه مستحق بالقرابة فلايجوز أن يصرفه إلى الكفارة كما لو استحق عليه الطعام فى النفقة فى القرابة فدفعه إليه عن الكفارة وإن اشترى عبدا بشرط أن يعتقه فأعتقه عن الكفارة لم يجزه لأنه مستحق العتق بغير الكفارة فلايجوز صرفه إلى الكفارة وإن كان مظاهرا وله عبد فقال لامرأته إن وطئتك فعلى أن أعتق عبدى عن كفارة الظهار فوطئها ثم أعتق العبد عن الظهار ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على الطبرى أنه لايجزئه لأن عتقه مستحق بالحنث فى الايلاء والثانى وهو قول أبى إسحاق إنه يجزئه وهو المذهب لأنه لايتعين عليه عتقه لأنه مخير بين أن يعتقه وبين أن يكفر كفارة يمين .

(فصل) وإن كان بينه وبين آخر عبد وهو موسر فأعتق نصيبه ونوى عتق الجميع عن الكفارة أجزأه لأنه عتق العبد بالمباشرة والسراية وحكم السراية حكم المباشرة ولهذا إذا جرحه وسرى إلى نفسه جعل كما لو باشر قتله وإن كان معسرا عتق نصيبه وإن ملك نصيب الآخر وأعتقه عن الكفارة أجزأه لأنه أعتق جميعه عن الكفارة وإن كان فى وقتين فأجزأه كما لو أطعم المساكين فى وقتين وإن أعتق نصف عبدين عن كفارة ففيه ثلاثة أوجه أحدها لايجزئه لأن المأمور به عتق رقبة ولم يعتق رقبة والثانى يجزئه لأن أبعاض الجملة كالجملة فى زكاة الفطر وزكاة المال فكذلك فى الكفارة والثالث أنه إن كان باقيهما حرا أجزأه لأنه يحصل تكميل الأحكام والتمكين من التصرف فى منافعه على التمام وإن كان مملوكا لم يجزه لأنه لايحصل له تكميل الأحكام و تمكين التام .

(فصل) إذا قال لغيره أعتق عبدك عنى فأعتقه عنه دخل العبد فى ملكه وعتق عليه سواء كان بعوض أو بغير عوض واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يعتق عليه فقال أبو إسحاق يقع الملك والعتق فى حالة واحدة ومن أصحابنا من قال يدخل فى ملكه ثم يعتق عليه وهو الصحيح لأن العتق لايقع عنه فى ملك غيره فوجب أن يتقدم الملك ثم يقع العتق وإن قال أعتق عبدك عن كفارتى فأعتقه عن كفارته أجزأه لأنه وقع العتق عنه فصار كما لو اشتراه ثم أعتقه .

(فصل) وإن لم يجد رقبة وقدر على الصوم لزمه أن يصوم شهرين متتابعين لقوله عز وجل «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين» فان دخل فيه فى أول الشهر صام شهرين بالأهلة لأن الأشهر فى الشرع بالأهلة والدليل عليه قوله عز وجل «يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج» فان دخل فيه وقد مضى من الشهر خمسة أيام صام مابقى وصام الشهر الذى بعده ثم يصوم من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما لأنه تعذر اعتبار الهلال فى شهر فاعتبر العدد كما يعتبر العدد فى الشهر الذى غم عليهم الهلال فى صوم رمضان وإن

(قوله نضو الخلق) أصله المهزول ثم قيل لضعيف الخلق نضو : والزمن الذى طال زمانه فى العلة

أفطر فى يوم منه من غير عذر لزمه أن يستأنف وإن جامع بالليل قبل أن يكفر أثم لأنه جامع قبل التكفير ولا يبطل التتابع لأن جماعه لم يؤثر فى الصوم فلم يقطع التتابع كالأكل بالليل وإن كان الفطر لعذر نظرت فان كانت امرأة فحاضت فى صوم كفارة القتل أو الوطء فى كفارة رمضان لم ينقطع التتابع لأنه لا صنع لها فى الفطر ولأنه لا يمكن حفظ الشهرين من الحيض إلا بالتأخير إلى أن تيأس من الحيض وفى ذلك تغرير بالكفارة لأنها ربما ماتت قبل الإياس فتفوت وإن كان الفطر بمرض ففيه قولان أحدهما يبطل التتابع لأنه أفطر باختياره فبطل التتابع كما لو أجهده الصوم فأفطر والثانى لا يبطل لأن الفطر بسبب من غير جهته فلم يقطع التتابع كالفطر بالحيض وإن كان بالسفر ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالفطر بالمرض لأن السفر كالمرض فى إباحة الفطر فكان كالمرض فى قطع التتابع والثانى أنه يقطع التتابع قولا واحدا لأن سببه من جهته وإن انقطع الصوم بالاغماء فهو كما لو أفطر بالمرض وإن أفطرت الحامل أو المرضع فى كفارة القتل أو الجماع فى رمضان خوفا على ولديهما ففيه طريقان أحدهما أنه على قولين لأنه فطر لعذر فهو كالفطر بالمرض والثانى أنه ينقطع التتابع قولا واحدا لأن فطرهما لعذر فى غيرهما فلم يلحقا بالمريض ولهذا يجب عليهما الفدية مع القضاء فى صوم رمضان ولا تجب على المريض وإن دخل فى الصوم فقطعه بصوم رمضان أو يوم النحر لزمه أن يستأنف لأنه ترك التتابع بسبب لا عذر فيه .

(فصل) وإن دخل فى الصوم ثم وجد الرقبة لم يبطل صومه وقال المزنى يبطل كما قال فى المتيمم إذا رأى الماء فى الصلاة وقد دللنا عليه فى الطهارة والمستحب أن يخرج من الصوم ويعتق لأن العتق أفضل من الصوم لما فيه من نفع الآدمى ولأنه يخرج من الخلاف .

(فصل) وإن لم يقدر على الصوم لكبر لا يطيق معه الصوم أو لمرض لا يرجى برؤه منه لزمه أن يطعم ستين مسكينا للآية والواجب أن يدفع إلى كل مسكين مدا من الطعام لما روى أبو هريرة رضى الله عنه فى حديث الجماع فى شهر رمضان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له أطعم ستين مسكينا قال لا أجد قال فأتى النبى صلى الله عليه وسلم بعرق من تمر فيه خمسة عشر صاعا فقال خذه وتصدق به وإذا ثبت هذا بالجماع بالخبر ثبت فى الظهار بالقياس عليه .

(فصل) ويجب ذلك من الحبوب والثمار التى تجب فيها الزكاة لأن الأبدان بها تقوم ويجب من غالب قوت بلده قال القاضى أبو عبيد ابن حربويه يجب من غالب قوته لأن فى الزكاة الاعتبار بماله فكذلك ههنا والمذهب الأول لقوله تعالى فاطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم والأوسط الأعدل وأعدل ما يطعم أهله قوت البلد ويخالف الزكاة فإنها تجب من المال والكفارة تجب فى الذمة فان عدل إلى قوت بلد أخرى فان كان أجود من غالب قوت بلده الذى هو فيه جاز لأنه زاد خيرا فان لم يكن أجود فان كان مما يجب فيه زكاة ففيه وجهان أحدهما يجزئه لأنه قوت تجب فيه الزكاة فأشبه قوت البلد والثانى لا يجزئه وهو الصحيح لأنه دون قوت البلد فان كان فى موضع قوتهم الأقط ففيه قولان أحدهما يجزئه لأنه مكيل مقتات فأشبه قوت البلد والثانى لا يجزئه لأنه يجب فيه الزكاة فلم يجزئه كاللحم وإن كان لحما أو سمكا أو جرادا ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالأقط ومنهم من قال لا يجزئ قولا واحدا ويخالف الأقط لأنه يدخله الصاع وإن كان فى موضع لا قوت فيه وجب من غالب قوت أقرب البلاد إليه .

(فصل) ولا يجوز الدقيق والسويق والخبز ومن أصحابنا من قال يجزئه لأنه مهيأ للاقتيات مستغنى عن مؤنته وهذا فاسد لأنه إن كان قد هيأه لمنفعة فقد فوت فيه وجوها من المنافع ولا يجوز إخراج القيمة لأنه أحد ما يكفر به فلم يجز فيه القيمة كالعتق .

(فصل) ولا يجوز أن يدفع الواجب إلى أقل من ستين مسكينا للآية والخبر فان جمع ستين مسكينا وغداهم وعشاهم لما عليه من الطعام لم يجزه لأن ما وجب للفقراء بالشرع وجب فيه التمليك كالزكاة ولأنهم يختلفون فى الأكل ولا يتحقق أن كل واحد منهم يتناول قدر حقه وإن قال لهم ملكتكم هذا بينكم بالسوية ففيه وجهان أحدهما لا يجزئ وهو قول أبى سعيد الاصطخرى لأنه يلزمهم مؤنة فى قسمته فلم يجزه كما لو سلم إليهم الطعام فى السنابل والثانى أنه يجزئه وهو الأظهر لأنه سلم إلى كل واحد منهم قدر

(قوله مهيأ للاقتيات) أى مصلح . هيأت الشىء أصلحته قال الله تعالى «وهيئ لنا من أمرنا رشدا»

حقه والمؤنة فى قسمته قليلة فلا يمنع الاجزاء .

(فصل) ولا يجوز أن يدفع إلى مكاتب لأنها تجب لأهل الحاجة والمكاتب مستغن بكسبه إن كان له كسب أو بأن يفسخ الكتابة ويرجع إلى مولاه إن لم يكن له كسب ولا يجوز أن يدفع إلى كافر لأنها كفارة فلا يجوز صرفها إلى كافر كالعتق ولا يجوز دفعها إلى من تلزمه نفقته من زوجة أو والد أو ولد لأنه مستغن بالنفقة فان دفع بعض ما عليه من الطعام ثم قدر على الصيام لم يلزمه الانتقال إلى الصوم كما لا يلزمه الانتقال إلى العتق إذا وجد الرقبة فى أثناء الصوم والأفضل أن ينتقل إليه لأنه أصل :

(فصل) ولا يجوز أن يكفر عن الظهار قبل أن يظاهر لأنه حق يتعلق بسببين لا يجوز تقديمه عليهما كالزكاة قبل أن يملك النصاب ويجوز أن يكفر بالمال بعد الظهار وقبل العود لأنه حق مال يتعلق بسببين فاذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول وكفارة اليمين قبل الحنث .

(فصل) ولا يجوز شيء من الكفارات إلا بالنية لقوله صلى الله عليه وسلم «إنما الأعمال بالنيات ولكل امرىء ما نوى» ولأنه حق يجب على سبيل الطهرة فافتقر إلى النية كالزكاة ولا يلزمه فى النية تعيين سبب الكفارة كما لا يلزمه فى الزكاة تعيين المال الذى يزكيه فان كفر بالصوم لزمه أن ينوى كل ليلة أنه صائم غدا عن الكفارة وهل يلزمه نية التتابع فيه ثلاثة أوجه أحدها يلزمه أن ينوى كل ليلة لأن التتابع واجب فلزمه نيته كالصوم والثانى يلزمه أن ينوى ذلك فى أوله لأنه يتميز بذلك عن غيره والثالث وهو الصحيح أنه لا تلزمه نية التتابع لأن العبادة هى الصوم والتتابع شرط فى العبادة فلم تجب نيته فى أداء العبادة كالطهارة وستر العورة لا يلزمه نيتهما فى الصلاة .

(فصل) وإن كان المظاهر كافرا كفر بالعتق أو الطعام لأنه يصح منه العتق والاطعام فى غير الكفارة فصح منه فى الكفارة ولا يكفر بالصوم لأنه لا يصح منه الصوم فى غير الكفارة فلا يصح منه فى الكفارة فإن كان المظاهر عبدا فقد ذكرناه فى باب المأذون فأغنى عن الإعادة ، وبالله التوفيق .

﴿ كتاب اللعان ﴾

إذا علم الزوج أن امرأته زنت فان رآها بعينه وهى تزنى ولم يكن نسب يلحقه فله أن يقذفها وله أن يسكت لما روى علقمة عن عبد الله أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إن رجل وجد مع امرأته رجلا إن تكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه أو سكت سكت على غيظ فقال النبى صلى الله عليه وسلم اللهم افتح وجعل يدعو فنزلت آية اللعان والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم الآية فذكر أنه يتكلم أو يسكت ولم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم كلامه ولا سكوته وإن أقرت عنده بالزنا فوقع فى نفسه صدقها أو أخبره بذلك ثقة أو استفاض أن رجلا يزنى بها ثم رأى الرجل يخرج من عندها فى أوقات الريب فله أن يقذفها وله أن يسكت لأن

(ومن كتاب اللعان)

اللعان مصدره لاعن يلاعن لعانا وملاعنة مثل قاتل يقاتل قتالا ومقاتلة . وأصل اللعن الطرد والإبعاد قال الله تعالى ويلعنهم اللاعنون قال أهل التفسير أى يطردهم ويبعدهم من رحمته . وقال فى إبليس وأن عليك اللعنة أى الطرد والابعاد من الرحمة . والكاذب من أحد المتلاعنين يستحق بالاثم والكذب الطرد من رحمة الله تعالى والابعاد عنها : وكانت العرب إذا فعل رجل منهم فاحشة ومنكرا طردوه وأبعدوه فيقال لعين آل فلان أى طريده وفى كلامة الشماخ : كالرجل اللعين (قوله سكت على غيظ) الغيظ غضب كامن للعاجز . يقال غاظه فهو مغيظ (قوله اللهم افتح) أى احكم . والفتاح والفاتح الحاكم قال الله تعالى وأنت خير الفاتحين أى الحاكمين . وسمى الحاكم فاتحا لأنه يفتح ما استغلق من أمر الخصمين كما أن الحكم مأخوذ من حكمة الدابة المانعة لها عن الجماح إلى غير القصد لأنه يمنع الخصمين من التعدى ومجاوزة الحق (قوله واستفاض) يقال فاض الخبر يفيض وستفاض أى شاع (قوله فى أوقات الريب) الريبة هى الشك لأنه يتشكك فى سبب دخوله لأى أمر دخل إليها . ويقذفها أى يتكلم بزناها وأصل القذف الرمى ومنه الحديث «ليس فى هذه الأمة قذف ولا مسخ» أراد لا يرمون بالحجارة كرمى قوم لوط .

الظاهر أنها زنت فجاز له القذف والسكوت وأما إذا رأى رجلا يخرج من عندها ولم يستفض أنه يزني بها لم يجز أن يقذفها لأنه يجوز أن يكون قد دخل إليها هاربا أو سارقا أو دخل ليراودها عن نفسها ولم تمكنه فلا يجوز قذفها بالشك وإن استفاض أن رجلا يزني بها ولم يجده عندها ففيه وجهان أحدهما لا يجوز قذفها لأنه يحتمل أن يكون عدو قد أشاع ذلك عليهما والثاني يجوز لأن الاستفاضة أقوى من خبر الثقة ولأن الاستفاضة تثبت القسامة في القتل فثبت بها جواز القذف .

(فصل) ومن قذف امرأته بزنا يوجب الحد أو تعزير القذف فطولب بالحد أو بالتعزير فله أن يسقط ذلك بالبينة لقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة فدل على أنه إذا أتى بأربعة شهداء لم يجلد ويجوز أن يسقط باللعان لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء فقال النبي صلى الله عليه وسلم البينة أو الحد في ظهرك فقال يا رسول الله إذا رأى أحدنا رجلا على امرأته يلتمس البينة فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول البينة وإلا حد في ظهرك فقال هلال والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله عز وجل في أمري ما يبرئ ظهري من الحد فنزلت والذين يرمون أزواجهم ولأن الزوج يبتلي بقذف امرأته لنفي العار والنسب الفاسد ويتعذر عليه إقامة البينة فجعل اللعان بينة له ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبي صلى الله عليه وسلم أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربي عز وجل فإن قدر على البينة ولاعن جاز لأنهما بينتان في إثبات حق فجاز إقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الأخرى كالرجلين والرجل والمرأتين في المال وإن كان هناك نسب يحتاج إلى نفيه لم ينتف بالبينة ولا ينتفي إلا باللعان لأن الشهود لا سبيل لهم إلى العلم بنفي النسب وإن أراد أن يثبت الزنا بالبينة ثم يلاعن لنفي النسب جاز وإن أراد أن يلاعن ويثبت الزنا وينفي النسب باللعان جاز .

(فصل) وإن عفت الزوجة عن الحد أو التعزير ولم يكن نسب لم يلاعن ومن أصحابنا من قال له أن يلاعن لقطع الفراش والمذهب الأول لأن المقصود باللعان درء العقوبة الواجبة بالقذف ونفي النسب لما يلحقه من الضرر بكل واحدة منهما وليس ههنا واحد منهما وأما قطع الفراش فإنه غير مقصود ويحصل له ذلك بالطلاق فلا يلاعن لأجله وإن لم تعف الزوجة عن الحد أو التعزير ولم تطالب به فقد روى المزني أنه ليس عليه أن يلاعن حتى تطلب المقذوفة حدها وروى فيمن قذف امرأته ثم جنت أنه إذا التعن سقط الحد فمن أصحابنا من قال لا يلاعن لأنه لا حاجة به إلى اللعان قبل الطلب وقال أبو إسحق له أن يلاعن لأن الحد قد وجب عليه فجاز أن يسقطه من غير طلب كما يجوز أن يقضي الدين المؤجل قبل الطلب وقوله ليس عليه أن يلتعن لا يمنع الجواز وإنما يمنع الوجوب .

(فصل) وإن كانت الزوجة أمة أو ذمية أو صغيرة يوطأ مثلها فقذفها عزر وله أن يلاعن لدرء التعزير لأنه تعزير قذف وإن كانت صغيرة لا يوطأ مثلها فقذفها عزر ولا يلاعن لدرء التعزير لأنه ليس بتعزير قذف وإنما هو تعزير على الكذب لحق الله تعالى وإن قذف زوجته ولم يلاعن فحد في قذفها ثم قذفها بالزنا الذي رماها به عزر ولا يلاعن لدرء التعزير لأنه تعزير لدفع الأذى لأنا قد حددناه للقذف فإن ثبت بالبينة أو بالإقرار أنها زانية ثم قذفها فقد روى المزني أنه لا يلاعن لدرء التعزير وروى الربيع أنه يلاعن لدرء التعزير واختلف أصحابنا فيه على طريقين فقال أبو إسحق المذهب ما رواه المزني وما رواه الربيع من تخريجه لأن اللعان جعل لتحقيق الزنا وقد تحقق زناها بالإقرار أو البينة ولأن القصد باللعان إسقاط ما يجب بالقذف والتعزير ههنا على الشتم لحق الله تعالى لا على القذف لأنه بالقذف لم يلحقها معرة وقال أبو الحسن بن القطان وأبو القاسم الداركي هي على قولين أحدهما لا يلاعن لما ذكرناه والثاني يلاعن لأنه إذا جاز أن يلاعن لدرء التعزير فيمن لم يثبت زناها فلأن يلاعن فيمن ثبت زناها أولى

(قوله درء العقوبة) هو دفعها وإزالتها ومنه الحديث ادرءوا الحدود ما استطعتم قال الله تعالى «ويدرءون بالحسنة السيئة» أي يدفعونها . وقوله «فادارأتم فيها» أي تدافعتم وتماريتم . والمدارأة بالهمز المدافعة قال :

تقول اذا درأت لها وضيني ... أهذا دينه أبدا وديني

والمداراة بغير همز الملاينة والأخذ بالرفق وهي أيضا المخاتلة يقال داريته إذا لاينته ودريته إذا ختلته ومنه قوله :

فإن كنت لا أدري الظباء فإنني ... أدس لها تحت التراب الدواهيا

(باب مايلحق من النسب ومالايلحق وما يجوز نفيه باللعان ومالا يجوز)

إذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله وأمكن اجتماعهما على الوطء وأتت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها لحقه فى الظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش» ولأن مع وجود هذه الشروط يمكن أن يكون الولد منه وليس ههنا مايعارضه ولا ما يسقطه فوجب أن يلحق به :

(فصل) وإن كان الزوج صغيرا لايولد لمثله لم يلحقه لأنه لا يمكن أن يكون منه أن ينتفى عنه من غير لعان لأن اللعان يمين واليمين جعلت لتحقيق مايجوز أن يكون ويجوز أن لايكون فيتحقق باليمين أحد الجائزين وههنا لايجوز أن يكون الولد له فلا يحتاج فى نفيه إلى اللعان واختلف أصحابنا فى السن التى يجوز أن يولد له فمنهم من قال يجوز أن يولد له بعد عشر سنين ولا يجوز أن يولد له قبل ذلك وهو ظاهر النص والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم «مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم فى المضاجع» ومنهم من قال يجوز أن يولد له بعد تسع سنين ولا يجوز أن يولد له قبله لأن المرأة تحيض لتسع سنين فجاز أن يحتلم الغلام لتسع وما قاله الشافعى رحمه الله أراد على سبيل التقريب لأنه لابد أن يمضى بعد التسع إمكان الوطء وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر وذلك قريب من العشرة وإن كان الزوج مجبوبا فقد روى المزنى أن له أن يلاعن وروى الربيع أنه ينتفى من غير لعان واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحق إن كان مقطوع الذكر والأنثيين انتفى من غير لعان لأنه يستحيل أن ينزل مع قطعهما وإن قطع أحدهما لحقه ولا ينتفى إلا بلعان لأنه إذا بقى الذكر أولج وأنزل وإن بقى الأنثيان ساحق وأنزل وحمل الروايتين على هذين الحالين وقال القاضى أبو حامد فى أصل الذكر ثقبتان أحدهما للبول والأخرى للمنى فإذا انسدت ثقبة المنى انتفى الولد من غير لعان لأنه يستحيل الانزال وإن لم تنسد لم ينتف إلا باللعان لأنه يمكن الانزال وحمل الروايتين على هذين الحالين :

(فصل) وإن لم يمكن اجتماعهما على الوطء بأن تزوجها وطلقها عقيب العقد أو كانت بينهما مسافة لا يمكن معها الاجتماع انتفى الولد من غير لعان لأنه لا يمكن أن يكون منه :

(فصل) وإن أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت العقد انتفى عنه من غير لعان لأنا نعلم أنها علقت به قبل حدوث الفراش وإن دخل بها ثم طلقها وهى حامل فوضعت الحمل ثم أتت بولد آخر لستة أشهر لم يلحقه وانتفى عنه من غير لعان لأنا قطعنا ببراءة رحمها بوضع الحمل وأن هذا الولد الآخر علقت به بعد زوال الفراش وإن طلقها وهى غير حامل واعتدت بالأقراء ثم وضعت ولدا قبل أن تتزوج بغيره لدون ستة أشهر لحقه لأنا تيقنا أن عدتها لم تنقض وإن أتت به لستة أشهر أو أربع سنين أو ما بينهما لحقه وقال أبو عباس ابن سريج لايلحقه لأنا حكمنا بانقضاء العدة وإباحتها للأزواج وما حكم به يجوز نقضه لأمر محتمل وهذا خطأ لأنه يمكن أن يكون منه والنسب إذا أمكن إثباته لم يجز نفيه ولهذا إذا أتت بولد بعد العقد لستة أشهر لحقه وإن كان الأصل عدم الوطء وبراءة الرحم فإن وضعته لأكثر من أربع سنين نظرت فإن كان الطلاق بائنا انتفى عنه بغير لعان لأن العلوق حادث بعد زوال الفراش وإن كان رجعيا ففيه قولان أحدهما ينتفى عنه بغير لعان لأنها حرمت عليه بالطلاق تحريم المبتوتة فصار كما لو طلقها طلاقا بائنا والقول الثانى يلحقه لأنها فى حكم الزوجات فى السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء فإذا قلنا بهذا فإلى متى يلحقه ولدها فيه وجهان قال أبو إسحق يلحقه أبدا لأن العدة يجوز أن تمتد لأن أكثر الطهر لا حد له ومن أصحابنا من قال يلحقه إلى أربع سنين من وقت انقضاء العدة وهو الصحيح لأن العدة إذا انقضت بانت وصارت كالمبتوتة :

(فصل) وإن كانت له زوجة يلحقه ولدها ووطئها رجل بالشبهة وادعى الزوج أن الولد من الواطىء عرض معهما على القافة ولا يلاعن لنفيه لأنه يمكن نفيه بغير لعان وهو القافة فلا يجوز نفيه باللعان فإن لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك حتى يبلغ السن الذى ينسب فيه إلى أحدهما فإن بلغ وانتسب إلى الواطىء بشبهة انتفى عن الزوج بغير لعان وإن انتسب إلى الزوج لم ينتف عنه إلا باللعان لأنه لايمكن نفيه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان وإن قال زنى بك فلان وأنت مكرهة والولد منه ففيه قولان أحدهما لايلاعن

(ومن باب مايلحق من النسب وما يلحق وما يجوز نفيه باللعان وما لايجوز)

(قوله يستحيل أن ينزل) هو ههنا بمعنى الحال الذى لايتصور ولاتثبت له حقيقة .

لنفيه لأن أحدهما ليس بزان فلم يلاعن لنفي الولد كما لو وطئها رجل بشبهة وهي زانية والثاني أن له أن يلاعن وهو الصحيح لأنه نسب يلحقه من غير رضاه لا يمكن نفيه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان كما لو كانا زانيين .

(فصل) وإن أتت امرأته بولد فادعى الزوج أنه من زوج قبله وكان لها زوج قبله نظرت فان وضعته لأربع سنين فما دونها من طلاق الأول ولدون ستة أشهر من عقد الزوج الثاني فهو للأول لأنه يمكن أن يكون منه وينتفي عن الزوج بغير لعان لأنه لا يمكن أن يكون منه وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ولأقل من ستة أشهر من عقد الزوج الثاني انتفى عنهما لأنه لا يمكن أن يكون من واحد منهما وإن وضعته لأربع سنين فما دونها من طلاق الأول ولستة أشهر فصاعدا من عقد الزوج الثاني عرض على القافة لأنه يمكن أن يكون من كل واحد منهما فإن ألحقته بالأول لحق به وانتفى عن الزوج بغير لعان وإن ألحقته بالزوج لحق به ولا ينتفي عنه إلا باللعان وإن لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك إلى أن يبلغ وقت الانتساب فإن انتسب إلى الأول انتفى عن الزوج بغير لعان وإن انتسب إلى الزوج لم ينتف عنه إلا باللعان وإن لم يعرف وقت طلاق الأول ووقت نكاح الزوج فالقول قول الزوج مع يمينه أنه لا يعلم أنها ولدته على فراشه لأن الأصل عدم الولادة وانتفاء النسب فإن حلف سقطت دعواها وانتفى النسب بغير لعان لأنه لم يثبت ولادته على فراشه وإن نكل رددنا اليمين عليها وإن حلفت لحق النسب بالزوج ولا ينتفي إلا باللعان لأنه ثبتت ولادته على فراشه وإن نكلت فهل توقف اليمين إلى أن يبلغ الصبي فيحلف ويثبت نسبه فيه وجهان بناء على القولين في رد اليمين على الجارية المرهونة إذا أحبلها الراهن وادعى أن المرتهن أذن له في وطئها وأنكر المرتهن ونكلا جميعا عن اليمين أحدهما لا ترد اليمين لأن اليمين حق للزوجة وقد أسقطته بالنكول فلم يثبت لغيرها والثاني ترد لأنه يتعلق بيمينها حقها وحق الولد فإذا أسقطت حقها لم يسقط حق الولد .

(فصل) وإن جاءت امرأة ومعها ولد وادعت أنه ولدها منه وقال الزوج ليس هذا مني ولا هو منك بل هو لقيط أو مستعار لم يقبل قولها أنه منها من غير بينة لأن الولادة يمكن إقامة البينة عليها والأصل عدمها فلم يقبل قولها من غير بينة فإن قلنا إن الولد يعرض مع الأم على القافة في أحد الوجهين عرض على القافة فإن لحقته بالأم لحق بها وثبت نسبه من الزوج لأنها أتت به على فراشه ولا ينتفي عنه إلا باللعان وإن قلنا إن الولد لا يعرض مع الأم على القافة أو لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها فالقول قول الزوج مع يمينه أنه لا يعلم أنها ولدته على فراشه فإذا حلف انتفى النسب من غير لعان لأنه لم تثبت ولادته على فراشه وإن نكل رددنا اليمين عليها فإن حلفت لحقه نسبه ولا ينتفي عنه إلا باللعان وإن نكلت فهل توقف اليمين على بلوغ الولد ليحلف على ما ذكرناه من الوجهين في الفصل قبله .

(فصل) إذا تزوج امرأة وهي وهو ممن يولد له ووطئها ولم يشاركه أحد في وطئها بشبهة ولا غيرها وأتت بولد لستة أشهر فصاعدا لحقه نسبه ولا يحل له نفيه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين نزلت آية الملاعنة أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه الله على رءوس الأولين والآخرين وإن أتت امرأته بولد يلحقه في الظاهر بحكم الإمكان وهو يعلم أنه لم يصبها وجب عليه نفيه باللعان لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله تعالى جنته فلما حرم النبي صلى الله عليه وسلم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم دل على أن الرجل مثلها ولأنه إذا لم ينفه جعل الأجنبي مناسبا له ومحرما له ولأولاده ومزاحما لهم في حقوقهم وهذا لا يجوز ولا يجوز أن يقذفها لجواز أن يكون من وطء شبهة أو من زوج قبله .

(فصل) وإن وطئ زوجته ثم استبرأها بحيضة وطهرت ولم يطأها وزنت وأتت بولد لستة أشهر فصاعدا من وقت الزنا لزمه قذفها ونفي النسب لما ذكرناه وإن وطئها في الطهر الذي زنت فيه فأتت بولد وغلب على ظنه أنه ليس منه بأن علم أنه كان يعزل منها أو رأى فيه شبها بالزاني لزمه نفيه باللعان وإن لم يغلب على ظنه أنه ليس منه لم ينفه لقوله صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش وللعاهر الحجر» .

(قوله جحد ولده وهو ينظر إليه) أي يتحقق ويتيقن أنه ولده كأنه ينظر إليه بعينه .

(فصل) وإن أتت امرأته بولد أسود وهما أبيضان أو بولد أبيض وهما أسودان ففيه وجهان أحدهما أن له أن ينفيه لما روى ابن عباس رضي الله عنه في حديث هلال بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتين فهو للذي رميت به فجاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لولا الأيمان لكان لي ولها شأن فجعل الشبه دليلا على أنه ليس منه والثاني أنه لا يجوز نفيه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم من بني فزارة فقال إن امرأتي جاءت بولد أسود ونحن أبيضان فقال هل لك من إبل قال نعم قال ما ألوانها قال حمر قال هل فيها من أورق قال إن فيها أورقا قال فأنى ترى ذلك قال عسى أن يكون نزعه عرق قال وهذا عسى أن يكون نزعه عرق :

(فصل) وإن أتت امرأته بولد وكان يعزل عنها إذا وطئها لم يجز له نفيه لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال يارسول الله إنا نصيب السبايا ونحب الأثمان أفنعزل عنهن فقال صلى الله عليه وسلم إن الله عز وجل إذا قضى خلق نسمة خلقها ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق به وإن أتت بولد وكان يجامعها فيما دون الفرج ففيه وجهان أحدهما لا يجوز له النفي لأنه قد يسبق الماء إلى الفرج فتعلق به والثاني أن له نفيه لأن الولد من أحكام الوطء فلا يتعلق بما دونه كسائر الأحكام وإن أتت بولد وكان يطؤها في الدبر ففيه وجهان أحدهما لا يجوز له نفيه لأنه قد يسبق من الماء إلى الفرج ما تعلق به والثاني له نفيه لأنه موضع لا يبتغى منه الولد .

(فصل) إذا قذف زوجته وانتفى عن الولد فإن كان حملا فله أن يلاعن وينفي الولد لأن هلال بن أمية لاعن على نفي الحمل وله أن يؤخره إلى أن تضع لأنه يجوز أن يكون ريحا أو غلظا فيؤخر ليلاعن على يقين وإن كان الولد منفصلا ففي وقت نفيه قولان أحدهما له الخيار في نفيه ثلاثة أيام لأنه قد يحتاج إلى الفكر والنظر فيما يقدم عليه من النفي فجعل الثلاث حدا لأنه قريب ولهذا قال الله عز وجل ياقوم هذه ناقة الله لكم آية فذروها تأكل في أرض الله ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب ثم فسر القريب بالثلاث فقال تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب والثاني وهو المنصوص في عامة الكتب أنه على الفور لأنه خيار غير مؤبد لدفع الضرر فكان على الفور كخيار الرد بالعيب فإن حضرت الصلاة فبدأ بها أو كان جائعا فبدأ بالأكل أو له مال غير محرز واشتغل بإحرازه أو كان عادته الركوب واشتغل باسراج المركوب فهو على حقه من النفي لأنه تأخير لعذر وإن كان محبوسا أو مريضا أو قيما على مريض أو غائبا لا يقدر على المسير وأشهد على النفي فهو على حقه وإن لم يشهد مع القدرة على الاشهاد سقط حقه لأنه لما تعذر عليه الحضور للنفي أقيم الاشهاد مقامه إلى أن يقدر كما أقيمت الفيئة باللسان مقام الوطء في حق المولى إذا عجز عن الوطء إلى أن يقدر :

(فصل) وإن ادعى أنه لم يعلم بالولادة فإن كان في موضع لا يجوز أن يخفى عليه ذلك من طريق العادة بأن كان معها في دار أو محلة صغيرة لم يقبل لأنه يدعي خلاف الظاهر وإن كان في موضع يجوز أن يخفى عليه كالبلد الكبير فالقول قوله مع يمينه لأن ما يدعيه ظاهر وإن قال علمت بالولادة إلا أني لم أعلم أن لي النفي فإن كان ممن يخالط أهل العلم لم يقبل قوله لأنه يدعي خلاف الظاهر وإن كان قريب عهد بالإسلام أو نشأ في موضع بعيد من أهل العلم قبل قوله لأن الظاهر أنه صادق فيما يدعيه وإن كان في بلد فيه أهل العلم

(قوله إن جاءت به أورق جعدا جماليا) الورقة السمرة . والأورق الأسمر ومنه قيل للرماد أورق وللحمامة ورقاء . وجعدا أي جعد الشعر وهو ضد السبط . وقال الهروي يكون مدحا وذما فالمدح بمعنيين أحدهما أن يكون معصوب الخلق شديد الأسر والثاني أن يكون شعره جعدا . والذم بمعنيين أحدهما أن يكون قصيرا مترددا والثاني أن يكون بخيلا يقال رجل جعد اليدين وجعد الأصابع أي منقبضها . والجمالي بضم الجيم الضخم الأعضاء التام الأوصال . قال وناقة جمالية شبهت بالجمل عظما وشدة وبداية قال :

جمالية لم يبق سيري ورحلتي على ظهرها من نيها غير محفدي

وخدلج الساقين خفاق القدم . وخفاق بالقاف وهو الذي صدر قدمه عريض : وسابغ الأليتين يقال شيء سابغ أي كامل واف ومنه الدرع السابغة (قوله إن فيها الورقا) جمع ورقا وهي الناقة يضرب بياضها إلى السواد كلون الرماد : والأورق أطيب الابل عندهم لحما وليس بمحمود عندهم في عمله وسيره :

إلا أنه من العامة ففيه وجهان أحدهما لا يقبل كما لا يقبل قوله إذا ادعى الجهل برد المبيع بالعيب والثانى يقبل لأن هذا لا يعرفه إلا الخواص من الناس بخلاف رد المبيع بالعيب فان ذلك يعرفه الخاص والعام :

(فصل) وإن هنأه رجل بالولد فقال بارك الله لك فى مولودك وجعله الله لك خلفا مباركا وأمن على دعائه أو قال استجاب الله دعاءك سقط حقه من النفى لأن ذلك يتضمن الاقرار به وإن قال أحسن الله جزاءك أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله لم يسقط حقه من النفى لأنه يحتمل أنه قال له ذلك ليقابل التحية بالتحية :

(فصل) وإن كان الولد حملا فقال أخرت النفى حتى ينفصل ثم ألاعن على يقين فالقول قوله مع يمينه لأنه تأخير لعذر يحتمله الحال وإن قال أخرت لأنى قلت لعله يموت فلا أحتاج إلى اللعان سقط حقه من النفى لأنه ترك النفى من غير عذر :

(فصل) إذا أتت امرأته بولدين توأمين وانتفى عن أحدهما وأقر بالآخر أو ترك نفيه من غير عذر لحقه الولدان لأنهما حمل واحد فلا يجوز أن يلحقه أحدهما دون الآخر وجعلنا ما انتفى منه تابعا لما أقر به ولم نجعل ما أقر به تابعا لما انتفى منه لأن النسب يحتاط لاثباته ولا يحتاط لنفيه ولهذا إذا أتت بولد يمكن أن يكون منه ويمكن أن لا يكون منه ألحقناه به احتياطا لاثباته ولم ننفه احتياطا لنفيه وإن أتت بولد فنفاه باللعان ثم أتت بولد آخر لأقل من ستة أشهر من ولادة الأول لم ينتف الثانى من غير اللعان لأن اللعان يتناول الأول فان نفاه باللعان انتفى وإن أقر به أو ترك نفيه من غير عذر لحقه الولدان لأنهما حمل واحد وجعلنا ما نفاه تابعا لما ألحقه ولم نجعل ما ألحقه تابعا لما نفاه لما ذكرناه فى التوأمين وإن أتت بالولد الثانى لستة أشهر من ولادة الأول انتفى بغير لعان لأنها علقت به بعد زوال الفراش

(فصل) وإن لاعنها على حمل فولدت ولدين بينهما دون ستة أشهر لم يلحقه واحد منهما لأنهما كانا موجودين عند اللعان فانتفيا به وإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر انتفى الأول باللعان وانتفى الثانى بغير لعان لأنا تيقنا بوضع الأول براءة رحمها منه وأنها علقت بالثانى بعد زوال الفراش :

(فصل) وإن قذف امرأته بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح فان لم يكن نسب لم يلاعن لاسقاط الحد لأنه قذف غير محتاج إليه فلم يجز تحقيقه باللعان كقذف الأجنبية وإن كان هناك نسب يلحقه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحاق أنه لا يلاعن لأنه قذف غير محتاج إليه لأنه كان يمكنه أن يطلق ولا يضيفه إلى ما قبل العقد والثانى وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن له أن يلاعن لأنه نسب يلحقه من غير رضاه لا ينتفى بغير لعان فجاز له نفيه باللعان .

(فصل) وإن أبانها ثم قذفها بزنا أضافه إلى حال النكاح فان لم يكن نسب لم يلاعن لدرء الحد لأنه قذف غير محتاج إليه وإن كان هناك نسب فان كان ولدا منفصلا فله أن يلاعن لنفيه لأنه يحتاج إلى نفيه باللعان وإن كان حملا فقد روى المزنى فى المختصر أن له أن ينفيه وروى فى الجامع أنه لا يلاعن حتى ينفصل الحمل واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق لا يلاعن قولا واحدا وما رواه المزنى فى المختصر أراد إذا انفصل وقد بين فى الأم فانه قال لا يلاعن حتى ينفصل ووجهه أن الحمل غير متحقق لجواز أن يكون ريحا فينفش ويخالف إذا قذفها فى حال الزوجية لأن هناك يلاعن لدرء الحد فتبعه نفى الحمل وههنا ينفرد الحمل باللعان فلم يجز قبل أن يتحقق ومن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لا يلاعن حتى ينفصل لما ذكرناه والثانى يلاعن وهو الصحيح لأن الحمل موجود فى الظاهر ومحكوم بوجوده ولهذا أمر بأخذ الحامل فى الديات ومنع من أخذها فى الزكاة ومنعت الحامل إذا طلقت أن تتزوج حتى تضع وهذه الطريقة هى الصحيحة لأن الشافعى رحمه الله نص فى مثلها على قولين وهى فى نفقة المطلقة الحامل فقال فيها قولان أحدهما تجب لها النفقة يوما بيوم والثانى لا تجب حتى ينفصل :

(فصل) وإن قذف امرأته وانتفى عن حملها وأقام على الزنا بينة سقط عنه الحد بالبينة وهل له أن يلاعن لنفى الحمل قبل أن ينفصل على ما ذكرناه من الطريقين فى الفصل قبله .

(قوله خلفا مباركا) الخلف ما جاء بعد . يقال خلف سوء من أبيه بالاسكان وخلف صدق بالتحريك إذا قام مقامه . وقال الأخفش هما سواء منهم من يحرك خلف صدق ويسكن الآخر يريد الفرق بينهما (قوله ليقابل التحية بالتحية) هى ههنا الدعاء أى يقابل الدعاء بالدعاء وهى تفعلة من الحياة

(فصل) وإن قذف امرأته فى نكاح فاسد فان لم يكن نسب لم يلاعن لدرء الحد لأنه قذف غير محتاج إليه وإن كان هناك نسب فان كان ولدا منفصلا فله أن يلاعن لنفيه لأنه ولد يلحقه بغير رضاه لاينتفى عنه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان كالولد فى النكاح الصحيح وإن كان حملا فعلى ماذكرناه من الطريقين .

(فصل) وإن ملك أمة لم تصر فراشا بنفس الملك لأنه قد يقصد بملكها الوطء وقد يقصد به التمول والخدمة والتجمل فلم تصر فراشا فإن وطئها صارت فراشا له فإن أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه لأن سعدا نازع عبد بن زمعة فى ابن وليدة زمعة فقال عبد هو أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال النبى صلى الله عليه وسلم هو لك الولد للفراش وللعاهر الحجر وروى ابن عمر رضى الله عنه أن عمر رضى الله عنه قال ما بال رجال يطأون ولائدهم ثم يعزلونهن لاتأتينى وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها إلا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا وإن قذفها وانتفى عن ولدها فقد قال أحمد أما تعجبون من أبى عبد الله يقول بنفى ولد الأمة باللعان فجعل أبو العباس هذا قولا ووجهه أنه كالنكاح فى لحوق النسب فكان كالنكاح فى النفى باللعان ومن أصحابنا من قال لايلاعن لنفيه قولا واحدا لأنه يمكنه نفيه بغير اللعان وهو بأن يدعى الاستبراء ويحلف عليه فلم يجز نفيه باللعان بخلاف النكاح فإنه لايمكنه نفى الولد فيه بغير لعان ولعل أحمد أراد بأبى عبد الله غير الشافعى رحمة الله عليهما .

(فصل) إذا قذف امرأته بزناءين وأراد اللعان كفاه لهما لعان واحد لأنه فى أحد القولين يجب حد واحد فكفاه فى إسقاطه لعان واحد وفى القول الثانى يجب حدان إلا أنهما لقاذف واحد فاكتفى فيهما بلعان واحد كما يكتفى فى حقين لواحد بيمين واحد وإن قذف أربع نسوة أفرد كل واحدة منهن بلعان لأنها أيمان فلم تتداخل فيها حقوق الجماعة كالأيمان فى المال وإن قذفهن بكلمات بدأ بلعان من بدأ بقذفها لأن حقها أسبق وإن قذفهن بكلمة واحدة وتشاححن فى البداية أقرع بينهن فمن خرجت لها القرعة بدأ بلعانها وإن بدأ بلعان إحداهن من غير قرعة جاز لأن الباقيات يصلن إلى حقوقهن من اللعان من غير نقصان .

(باب من يصح لعانه وكيف اللعان وما يوجبه من الأحكام)

يصح اللعان من كل زوج بالغ عاقل مختار مسلما كان أو كافرا حرا كان أو عبدا لقوله عز وجل «والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين» ولأن اللعان لدرء العقوبة الواجبة بالقذف ونفى النسب والكافر كالمسلم والعبد كالحر فى ذلك فأما الصبى والمجنون فلا يصح لعانهما لأنه قول يوجب الفرقة فلم يصح من الصبى والمجنون كالطلاق وأما الأخرس فإنه إن لم يكن له إشارة معقولة ولا كتابة مفهومة لم يصح لعانه لأنه فى معنى المجنون وإن كانت له إشارة معقولة أو كتابة مفهومة صح لعانه لأنه كالناطق فى نكاحه وطلاقه فكان كالناطق فى لعانه وأما من اعتقل لسانه فإنه إن كان مأيوسا منه صح لعانه بالإشارة كالأخرس وإن لم يكن مأيوسا منه ففيه وجهان أحدهما لايصح لعانه لأنه غير مأيوس من نطقه فلم يصح لعانه بالاشارة كالساكت والثانى يصح لأن أمامة بنت أبى العاص رضى الله عنها أصمتت فقيل لها : ألفلان كذا ولفلان كذا فأشارت أى نعم فرفع ذلك فرؤيت أنها وصية ولأنه عاجز عن النطق يصح لعانه بالاشارة كالأخرس .

(فصل) وإن كان أعجميا فإن كان يحسن بالعربية ففيه وجهان أحدهما يصح لعانه بلسانه لأنه يمين فصح بالعجمية مع القدرة على العربية كسائر الأيمان والثانى لايصح لأن الشرع ورد فيه بالعربية فلم يصح بغيرها مع القدرة كأذكار الصلاة فان لم يحسن بالعربية لاعن بلسانه لأنه ليس بأكثر من أذكار الصلاة وأذكار الصلاة تجوز بلسانه إذا لم يحسن بالعربية فكذلك اللعان وإن كان الحاكم لايعرف لسانه أحضر من يترجم عنه وفى عدده وجهان بناء على القولين فى الشهادة على الاقرار بالزنا أحدهما

(قوله ابن وليدة زمعة) الوليدة الجارية وجمعها ولائد . والوليد العبد (قوله وللعاهر الحجر) العاهر الزانى ومعناه لاشىء له ، كما يقال له الحجر إذا قصد تكذيبه (قوله اعتقل لسانه) أى لم يقدر على الكلام مشتق من عقال البعير (قوله أصمتت) أصمت العليل فهو مصمت إذا اعتقل لسانه فلم ينطق (قوله يترجم عنه) أى يعبر عنه وهو الترجمان كأنه فارسى معرب : ويدرأ عنها العذاب والمعرة ذكرا

يحتاج إلى أربعة والثاني يكفيه اثنان :

(فصل) ولا يصح اللعان إلا بأمر الحاكم لأنه يمين فى دعوى فلم يصح إلا بأمر الحاكم كاليمين فى سائر الدعاوى فان كان الزوجان مملوكين جاز للسيد أن يلاعن بينهما لأنه يجوز أن يقيم عليهما الحد فجاز أن يلاعن بينهما كالحاكم :

(فصل) واللعان هو أن يقول الزوج أربع مرات أشهد بالله إنى لمن الصادقين ثم يقول وعلى لعنة الله إن كنت من الكاذبين وتقول المرأة أربع مرات أشهد بالله إنه لمن الكاذبين ثم تقول وعلى غضب الله إن كان من الصادقين والدليل عليه قوله عز وجل والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فان أخل أحدهما بأحد هذه الألفاظ الخمسة لم يعتد به لأن الله عز وجل علق الحكم على هذه الألفاظ فدل على أنه لايتعلق بما دونها ولأنه بينة يتحقق بها الزنا فلم يجز النقصان عن عددها كالشهادة وإن أبدل لفظ الشهادة بلفظ من ألفاظ اليمين بأن قال أحلف أو أقسم أو أولى ففيه وجهان أحدهما يجوز لأن اللعان يمين فجاز بألفاظ اليمين والثانى أنه لايجوز لأنه أخل باللفظ المنصوص عليه وإن أبدل لفظ اللعنة بالابعاد أو لفظ الغضب بالسخط ففيه وجهان أحدهما يجوز لأن معنى الجميع واحد والثانى لايجوز لأنه ترك المنصوص عليه وأن أبدلت المرأة لفظ الغضب بلفظ اللعنة لم يجز لأن الغضب أغلظ ولهذا خصت المرأة به لأن المعرة بزناها أقبح وإثمها بفعل الزنا أعظم من إثمه بالقذف وإن أبدل الرجل لفظ اللعنة بلفظ الغضب ففيه وجهان أحدهما يجوز لأن الغضب أغلظ والثانى لا يجوز لأنه ترك المنصوص عليه وإن قدم الرجل لفظ اللعنة على لفظ الشهادة أو قدمت المرأة لفظ الغضب على لفظ الشهادة ففيه وجهان أحدهما يجوز لأن القصد منه التغليظ وذلك يحصل مع التقديم والثانى لايجوز لأنه ترك المنصوص عليه :

(فصل) والمستحب أن يكون اللعان بحضرة جماعة لأن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد رضى الله عنهم حضروا اللعان بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم على حداثة سنهم والصبيان لا يحضرون المجالس إلا تابعين للرجال فدل على أنه قد حضر جماعة من الرجال فتبعهم الصبيان ولأن اللعان بنى على التغليظ للردع والزجر وفعله فى الجماعة أبلغ فى الردع والمستحب أن يكونوا أربعة لأن اللعان سبب للحد ولايثبت الحد إلا بأربعة فيستحب أن يحضر ذلك العدد ويستحب أن يكون بعد العصر لأن اليمين فيه أغلظ والدليل عليه قوله عز وجل تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله قيل هو بعد العصر وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولهم عذاب أليم رجل حلف يمينا على مال مسلم فاقتطعه ورجل حلف يمينا بعد صلاة العصر لقد أعطى بسلعته أكثر مما أعطى وهو كاذب ورجل منع فضل الماء فان الله عز وجل يقول اليوم أمنعك فضلى كما منعت فضل ماء لم تعمله يداك ويستحب أن يتلاعنا من قيام لما روى ابن عباس رضى الله عنه فى حديث هلال بن أمية فأرسل إليهما فجاآ فقام هلال فشهد ثم قامت فشهدت ولأن فعله من قيام أبلغ فى الردع واختلف قوله فى التغليظ بالمكان فقال فى أحد القولين إنه يجب لأنه تغليظ ورد به الشرع فأشبه التغليظ بتكرار اللفظ وقال فى الآخر يستحب كالتغليظ فى الجماعة والزمان والتغليظ بالمكان أن يلاعن بينهما فى أشرف موضع من البلد الذى فيه اللعان فان كان بمكة لاعن بين الركن والمقام لأن اليمين فيه أغلظ والدليل عليه ماروى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه رأى قوما يحلفون بين الركن والمقام فقال أعلى دم قالوا لا قال أفعلى عظيم من المال فقالوا لا فقال لقد خشيت أن يبهأ الناس بهذا المقام وإن كان فى المدينة لاعن فى المسجد لأنه أشرف البقاع بها وهل يكون على المنبر أو عند المنبر اختلفت الرواية فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم فروى أبو هريرة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله

(قوله لأن المعرة بزناها أقبح) المعرة ههنا العار والعيب وتكون الاثم أيضا . وقال الهروى المعرة الأمر القبيح المكروه وقال العزيزى المعرة جناية كجناية العر وهو الجرب (قوله حلف يمينا على مال مسلم فاقتطعه) أى غصبه وملكه ومنه إقطاع السلطان. وفى الحديث أقطع الزبير حضر فرسه أى ملكه (قوله منع فضل الماء) الفضل الزيادة ومعناه مازاد على حاجته. يقال فضل يفضل وفضل يفضل وفضل بالكسر يفضل بالضم ثلاث لغات وقدمضت (قوله لقد خشيت أن يبهأ الناس) أى

صلى الله عليه وسلم يقول من حلف عند منبرى على يمين آثمة ولو على سواك من رطب وجبت له النار وروى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة تبوأ مقعده من النار فقال أبو إسحاق إن كان الخلق كثير الاعن على المنبر ليسمع الناس وإن كان الخلق قليلا لاعن عند المنبر مما يلى قبر النبى صلى الله عليه وسلم وقال أبو على بن أبى هريرة لا يلاعن على المنبر لأن ذلك عاو وشرف والملاعن ليس فى موضع العلو والشرف وحمل قوله على منبرى أى عند منبرى لأن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض وإن كان بيت المقدس لاعن عند الصخرة لأنها أشرف البقاع به وإن كان فى غيرها من البلاد لاعن فى الجامع وإن كانت المرأة حائضا لاعنت على باب المسجد لأنه أقرب إلى الموضع الشريف وإن كان يهودياً لاعن فى الكنيسة وإن كان نصرانيا لاعن فى البيعة وإن كان مجوسيا لاعن فى بيت النار لأن هذه المواضع عندهم كالمساجد عندنا :

(فصل) وإذا أراد اللعان فالمستحب للحاكم أن يعظهما لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا فقال هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما وإن كانت المرأة غير برزة بعث إليها الحاكم من يستوفى عليها اللعان ويستحب أن يبعث معه أربعة :

(فصل) ويبدأ بالزوج ويأمره أن يشهد لأن الله تعالى بدأ به وبدأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم فى لعان هلال بن أمية ولأن لعانه بينة لاثبات الحق ولعان المرأة بينة الانكار فقدمت بينة الاثبات فان بدأ بلعان المرأة لم يعتد به لأن لعانها إسقاط الحد والحد لا يجب إلا بلعان الزوج فلم يصح لعانها قبله والمستحب إذا بلغ الزوج إلى كلمة للعنة والمرأة إلى كلمة الغضب أن يعظهما لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال لما كان فى الخامسة قيل ياهلال اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب فقال والله لا يعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى عليها فشهد الخامسة فلما كانت الخامسة قيل لها اتقى الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومى فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ويستحب أن يأمر من يضع يده على فيه فى الخامسة لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر رجلا أن يضع يده على فيه عند الخامسة يقول إنها موجبة :

(فصل) وإن لاعن وهى غائبة لحيض أو موت قال أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى فلانة ويرفع فى نسبها حتى تتميز وإن كانت حاضرة ففيه وجهان أحدهما يجمع بين الاشارة والاسم لأن مبنى اللعان على التأكيد ولهذا تكرر فيه لفظ الشهادة وإن حصل المقصود بمرة والثانى أنه تكفيه الاشارة لأنها تتميز بالاشارة كما تتميز فى النكاح والطلاق :

(فصل) وإن كان القذف بالزنا كرره فى الألفاظ الخمسة فإن قذفها بزناءين ذكرهما فى الألفاظ الخمسة لأنه قد يكون صادقا فى أحدهما دون الآخر فان سمى الزانى بها ذكره فى اللعان فى كل مرة لأنه ألحق به المعرة فى إفساد الفراش فكرره فى اللعان كالمرأة فان قذفها بالزنا وانتفى من الولد قال فى كل مرة وإن هذا الولد من زنا وليس منى فان قال هذا الولد ليس منى ولم يقل من زنا لم ينتف لأنه يحتمل أن يريد أنه ليس منى فى الخلق أو الخلق وإن قال هذا الولد من زنا ولم يقل وليس منى ففيه وجهان أحدهما وهو قول القاضى أبى حامد المروزى أنه ينتفى منه لأن ولد الزنا لا يلحق به والثانى وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايني أنه لا ينتفى لأنه قد

يأنسوا به حتى تقل هيبته فى صدورهم فيستخفوا به ويحتقروه. يقال بهأت به أبهأ بهوءا إذا أنست به (قوله سواك من رطب) قال الجوهرى الرطب بالضم ساكنة الطاء الكلأ قال ذو الرمة :

حتى إذا معمعان الصيف هب له ... بأجة نش عنها الماء والرطب

هو مثل عسر وعسر ويمين آثمة بمعنى مؤثمة فاعلة بمعنى مفعلة (قوله تبوأ مقعده من النار) أى لزمه وتمكن منه. والمباءة المنزل الملزوم يقال بوأت فلانا منزلا أى أنزلته (قوله حروف الصفات) هى حروف الجر سميت بذلك لأنها توصف بها النكرات وقد ذكرنا أن الكنيسة مسجد اليهود والبيعة مسجد النصارى (قوله ذكرهما) أى وعظهما قال الله تعالى «وذكر فان الذكرى تنفع المؤمنين» وسمى الواعظ المذكر وكذا المؤذن وأصله من الذكر ضد النسيان (قوله غير برزة) البرزة التى لا تحتجب وتبرز أى تظهر. والبروز الظهور ومنه ـ وترى الأرض بارزة ـ (قوله فتلكأت) أى ترفقت يقال تلكأ عن الأمر تلكأ تباطأ عنه وتوقف (قوله ويرفع فى نسبها حتى تتميز) يريد يذكر أجدادها الذين تنسب إليهم من رفعت الحديث إذا

يعتقد أن الوطء فى النكاح بلا ولى زنا على قول أبى بكر الصيرفى فوجب أن يذكر أنه ليس منى لينتفى الاحتمال :

(فصل) وإذا لاعن الزوج سقط عنه ما وجب بقذفه من الحد أو التعزير والدليل عليه ما روى عبد الله بن عباس رضى الله عنه أن هلال بن أمية قذف امرأته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم البينة أو حد فى ظهرك فقال هلال والذى بعثك بالحق إنى لصادق ولينزلن الله فى أمرى ما يبرئ ظهرى من الحد فنزلت والذين يرمون أزواجهم فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا فقال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربى عز وجل وإن قذفها برجل فسماه فى اللعان سقط عنه حده لأنه سماه فى اللعان فسقط حده كالمرأة فإن لم يسمه فى اللعان ففيه قولان أحدهما يسقط حده لأنه أحد الزانيين فسقط حده باللعان كالزوجة والثانى لا يسقط حده لأنه لم يسمه فى اللعان فلم يسقط حده كالزوجة إذا لم يسمها فعلى هذا إذا أراد إسقاط حده استأنف اللعان وذكره وأعاد ذكر الزوجة :

(فصل) وإن نفى باللعان نسب ولد انتفى عنه لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رجلا لاعن امرأته فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى عن ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة فإن لم يذكر النسب فى اللعان أعاد اللعان لأنه لم ينتف باللعان الأول .

(فصل) ويجب على المرأة حد الزنا لأنه بينة حقق بها الزنا عليها فلزمها الحد كالشهادة ولا يجب على الرجل الذى رماها به حد الزنا لأنه لا يصح منه درء الحد باللعان فلم يجب عليه الحد باللعان :

(فصل) وإن كان اللعان فى نكاح صحيح وقعت الفرقة لحديث ابن عمر رضى الله عنه وحرمت عليه على التأبيد لما روى سهل بن سعد الساعدى رضى الله عنه قال مضت السنة فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا فإن كان اللعان فى نكاح فاسد أو كان اللعان بعد البينونة فى زنا أضافه إلى حال الزوجية فهل تحرم المرأة على التأبيد فيه وجهان أحدهما تحرم وهو الصحيح لأن ما وجب تحريما مؤبدا إذا كان فى نكاح أوجبه وإن لم يكن فى نكاح كالرضاع والثانى لا يحرم لأن التحريم تابع للفرقة ولم يقع بهذا اللعان فرقة فلم يثبت به تحريم :

(فصل) وللمرأة أن تدرأ حد الزنا عنها باللعان لقوله عز وجل ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ولا تذكر المرأة النسب فى اللعان لأنه لا مدخل لها فى إثبات النسب ولا فى نفيه .

(فصل) إذا لاعن الزوج ثم أكذب نفسه وجب عليه حد القذف إن كانت المرأة محصنة أو التعزير إن لم تكن محصنة ولحقه النسب لأن ذلك حق عليه فعاد بتكذيبه ولا يعود الفراش ولا يرتفع التحريم لأنه حق له فلا يعود بتكذيبه نفسه وإن لاعنت المرأة ثم أكذبت نفسها وجب عليها حد الزنا لأنه لا يتعلق بلعانها أكثر من سقوط حق الزنا وهو حق عليها فعاد بإكذابها :

(فصل) وإن مات الزوج قبل اللعان وقعت الفرقة بالموت وورثته الزوجة لأن الزوجية بقيت إلى الموت فإن كان هناك ولد ورثه لأنه مات قبل نفيه وما وجب عليه من الحد أو التعزير بقذفها يسقط بموته لأنه اختص ببدنه وقد فات وإن ماتت الزوجة قبل لعان الزوج وقعت الفرقة بالموت وورثها الزوج لأن الزوجية بقيت إلى الموت وإن كان هناك ولد فله أن يلاعن لنفيه لأن الحاجة داعية إلى نفيه فإن طالبه ورثتها بحد القذف لاعن لإسقاطه ولا يسقط من الحد ولم يلاعن شىء لحقه من الارث كما يسقط ما لها عليه من القصاص لأن القصاص ثبت مشتركا بين الورثة فإذا سقط ما يخصه بالارث سقط الباقى وحد القذف يثبت جميعه لكل واحد من الورثة ولهذا لو عفا بعضهم عن حقه كان للباقين أن يستوفوا الجميع فإن مات الولد قبل أن ينفيه باللعان جاز له نفيه باللعان لأنه يلحقه نسبه بعد الموت فجاز له نفيه وإذا نفاه لم يرثه لأنا تبينا باللعان أنه لم يكن ابنه :

(فصل) إذا قذف امرأته وامتنع من اللعان فضرب بعض الحد ثم قال أنا لاعن سمع اللعان وسقط ما بقى من الحد وكذلك

أسندته (قوله فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) أى كشف . وانسرى الهم عنه مثله . ومنه الحديث الآخر فإذا مطرت يعنى السحابة سرى عنه أى كشف عنه الخوف (قوله فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا) الفرج بالتحريك زوال الغم يقال فرج الله غمه تفريجا وكذلك فرج الله عنك غمك يفرج بالكسر والتخفيف : ومخرجا مما دخل عليك من شدة وبلاء .

إذا نكلت المرأة عن اللعان فضربت بعض الحد ثم قالت أنا ألاعن سمع اللعان وسقط بقية الحد لأن ما أسقط جميع الحد أسقط بعضه كالبينة .

(فصل) إذا قذفها ثم تلاعنا ثم قذفها نظرت فإن كان بالزنا الذي تلاعنا عليه لم يجب عليه حد لأن اللعان في حقه كالبينة ولو أقام البينة على القذف ثم أعاد القذف لم يجب الحد فكذلك إذا لاعن وإن قذفها بزنا آخر ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجب الحد لأن اللعان في حقه كالبينة ثم بالبينة يبطل إحصانها فكذلك في اللعان والثاني يجب عليه الحد لأن اللعان لا يسقط إلا ما يجب بالقذف في الزوجية لحاجته إلى قذف الزوجة وقد زالت الزوجية باللعان فزالت الحاجة إلى القذف فلزمه الحد وإن تلاعنا ثم قذفها أجنبي حد لأن اللعان حجة يختص بها الزوج فلا يسقط به الحد عن الأجنبي فإن قذفها ولاعنها ونكلت عن اللعان فحدت فقد اختلف أصحابنا فيها فقال أبو العباس لا يرتفع إحصانها إلا في حق الزوج فإن قذفها أجنبي وجب عليه الحد لأن اللعان حجة اختص بها الزوج فلا يبطل به الإحصان إلا في حقه وقال أبو إسحاق يرتفع إحصانها في حق الزوج والأجنبي فلا يجب على واحد منهما الحد بقذفها لأنها محدودة في الزنا فلم يحد قاذفها كما لو حدت بالإقرار أو البينة .

﴿ كتاب الأيمان ﴾

(باب من تصح يمينه وما تصح به اليمين)

تصح اليمين من كل مكلف مختار قاصد إلى اليمين لقوله تعالى «لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان» وأما غير المكلف كالصبي والمجنون والنائم فلا تصح يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولأنه قول يتعلق به وجوب حق فلا يصح من غير مكلف كالبيع وفيمن زال عقله بالسكر طريقان على ما ذكرناه في الطلاق وأما المكره فلا تصح يمينه لما روى واثلة بن الأسقع وأبو أمامة رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس على مقهور يمين ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كما لو أكره على كلمة الكفر وأما من لا يقصد اليمين وهو الذي يسبق لسانه إلى اليمين أو أراد اليمين على شيء فسبق لسانه إلى غيره فلا تصح يمينه لقوله عز وجل لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم وروى عن ابن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم أنهم قالوا هو قول الرجل لا والله وبلى والله ولأن ما سبق إليه اللسان من غير قصد لا يؤاخذ به كما لو سبق لسانه إلى كلمة الكفر .

(فصل) ويصح اليمين على الماضي والمستقبل فإن حلف على ماض وهو صادق فلا شيء عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل اليمين على المدعى عليه ولا يجوز أن يجعل اليمين عليه إلا وهو صادق فدل على أنه يجوز أن يحلف على ما هو صادق فيه وروى محمد بن كعب القرظي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال وهو على المنبر وفي يده عصا يا أيها الناس لا يمنعكم اليمين عن أخذ حقوقكم فوالذي نفسي بيده إن في يدي عصا وإن كان كاذبا وهو أن يحلف على أمر أنه كان ولم يكن أو على أمر أنه لم يكن وكان أثم بذلك وهو اليمين الغموس والدليل عليه ما روى عن الشعبي رضي الله عنه عن عبد الله بن عمر قال جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ما الكبائر قال الشرك بالله قال ثم ماذا قال عقوق الوالدين قال ثم ماذا قال اليمين الغموس قيل للشعبي ما اليمين الغموس قال الذي يقتطع بها مال امرئ وهو فيها كاذب وروى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله

(ومن كتاب الأيمان)

أصل اليمين مأخوذ من يمين الإنسان وهي ضد يساره لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه بيمين صاحبه ولأن الحالف يشير بيمينه إلى الشيء المحلوف عليه. وقد ذكرنا المكلف والتكليف (قوله لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم) يقال لغا يلغو ويلغا ولغا يلغا إذا تكلم بما لا حقيقة له ولا قصد له فيه وقد ذكر : وفي التفسير هو ما يسبق إليه اللسان من غير قصد كقولهم لا والله وبلى والله . قال الأزهري اللغو في كلام العرب على وجهين أحدهما فضول الكلام وباطله الذي يجري على غير عقد والثاني ما كان فيه رفث وفحش ومأثم وقال قتادة في قوله تعالى : لا تسمع فيها لاغية أي لا تسمع مأثما. ولكن يؤاخذكم بما عقدتم يشدد للتكثير (قوله اليمين الغموس) مفسرة : وقال الجوهري هي التي تغمس صاحبها في الإثم ثم في النار. ويقتطع بها يملك وقد ذكر

صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وهو فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقى الله عز وجل وهو عليه غضبان وإن كان على مستقبل نظرت فإن كان على أمر مباح ففيه وجهان أحدهما الأولى أن لا يحنث لقوله عز وجل ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها والثانى أن الأولى أن يحنث لقوله عز وجل لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم فإن حلف على فعل مكروه أو ترك مستحب فالأولى أن يحنث لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليفعل الذى هو خير» :

(فصل) وتكره اليمين بغير الله عز وجل فإن حلف بغيره كالنبي والكعبة والآباء والأجداد لم تنعقد يمينه لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فلا يحلف إلا بالله تعالى وروى عن عمر رضى الله عنه قال سمعنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحلف بأبى فقال إن الله عز وجل ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فقال عمر رضى الله عنه والله ما حلفت بها ذاكرا ولا آثرا وإن قال إن فعلت كذا وكذا فأنا يهودى أو نصرانى أو أنا برىء من الله أو من الإسلام لم ينعقد يمينه لما روى بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف أنه برىء من الإسلام فإن كان كاذبا فقد قال وإن كان صادقا فلم يرجع إلى الإسلام سالما لأنه يمين بمحدث فلم ينعقد كاليمين بالمخلوقات :

(فصل) وتجوز اليمين بأسماء الله وصفاته فإن حلف من أسمائه بالله انعقدت يمينه لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا ثم قال إن شاء الله وإن حلف بالرحمن أو بالإله أو بخالق الخلق أو ببارئ النسمة أو بالحى القيوم أو بالحى الذى لا يموت أو برب السموات والأرضين أو بمالك يوم الدين أو برب العالمين وما أشبه ذلك من الأسماء التى لا يشاركه فيها أحد انعقدت يمينه لأنه لا يسمى بها غيره ولا يوصف بها سواه فصار كما لو قال والله فإن حلف بالرحيم والرب القادر والقاهر والملك والجبار والخالق والمتكبر ولم ينو به غير الله عز وجل انعقدت به يمينه لأنه لا تطلق هذه الأسماء إلا عليه وإن نوى به غيره لم ينعقد لأنه قد تستعمل فى غيره مع التقييد لأنه يقال فلان رحيم القلب ورب الدار وقادر على المشى وقاهر للعدو وخالق للكذب ومالك البلد وجبار متكبر فجاز أن تصرف إليه بالنية فإن قال والحى والموجود والعالم والمؤمن والكريم لم تنعقد يمينه إلا أن ينوى به الله تعالى لأن هذه الأسماء مشتركة بين الله تعالى وبين الخلق مستعملة فى الجميع استعمالا واحدا فلم تنصرف إلى الله تعالى من غير نية كالكنايات فى الطلاق وإن حلف بصفة من صفاته نظرت فإن حلف بعظمة الله أو بعزته أو بكبريائه أو بجلاله أو ببقائه أو بكلامه انعقدت يمينه لأن هذه الصفات للذات لم يزل موصوفا بها ولا يجوز وصفه بضدها فصار كاليمين بأسمائه وإن قال وعلم الله ولم ينو به المعلوم أو بقدرة الله ولم ينو به المقدور انعقدت يمينه لأن العلم والقدرة من صفات الذات لم يزل موصوفا بهما ولا يجوز وصفه بضدهما فصارا كالصفات الستة فإن نوى بالعلم

(قوله ذاكرا ولا آثرا) ذاكرا ضد ناسيا أى ما حلفت بها وأنا ذاكر إليها استبناس : وقال الجوهرى ليس هو من الذكر بعد النسيان إنما يعنى متكلما به كقولك ذكرت لفلان حديث كذا وكذا. ولا آثرا أى حاكيا عن غيرى يقال أثرت الحديث آثره أثرا إذا ذكرته عن غيرك، ومنه قيل حديث مأثور أى يذكره خلف عن سلف. قال الله سبحانه : إن هذا إلا سحر يؤثر ، أى يأخذه واحد عن واحد : وقال الأعشى :

إن الذى فيه تماريتما بين للسامع والآثر

ومثله قوله تعالى أو أثارة من علم (قوله أو ببارئ النسمة) أى خالق الإنسان : برأ الله الخلق برءا وهو البارئ أى الخالق. والبرية الخلق : والنسمة الإنسان وجمعها نسم : والنسبة أيضا النفس بفتح الفاء وهو الربو (قوله وخالق للكذب) يقال خلق الافك واختلقه وتخلقه أى افتراه ومنه قوله تعالى وتخلقون إفكا . إن هذا إلا اختلاق (قوله وجبار متكبر) الجبار الذى يقتل على الغضب. والمتكبر المتعظم : والكبر العظمة وكذلك الكبرياء (قوله والمؤمن) سمى الله مؤمنا لأنه آمن عباده من أن يظلمهم ذكره الجوهرى (قوله بعظمة الله أو بعزته أو بكبريائه أو بجلاله) العزة القوة والغلبة من عز إذا غلب. أو من العز ضد الذل : والكبرياء العظمة وجلاله أيضا عظمته (قوله من صفات الذات) ذات الشيء حقيقته وذات الله تعالى حقيقته وثبوت وحدانيته وربوبيته فى النفس اعتقادا بغير جسم ولا صورة :

المعلوم أو بالقدرة المقدور لم ينعقد يمينه لأنه قد يستعمل العلم فى المعلوم والقدرة فى المقدور ألا ترى أنك تقول اغفر اللهم علمك فينا وتريد المعلوم وتقول انظروا إلى قدرة الله وتريد به المقدور فانصرف إليه بالنية فإن قال وحق الله وأراد به العبادات لم ينعقد يمينه لأنه يمين بمحدث وإن لم ينو العبادات انعقدت يمينه لأن الحق يستعمل فيما يستحق من العبادات ويستعمل فيما يستحقه البارى من الصفات وذلك من صفات الذات وقد انضم إليه العرف فى الحلف به فانعقدت به اليمين من غير نية :

(فصل) وإن قال على عهد الله وميثاقه وكفالته وأمانته فإن أراد به ما أخذ علينا من العهد فى العبادات فليس بيمين لأنه يمين بمحدث وإن أراد بالعهد استحقاقه ما تعبدنا به فهو يمين لأنه صفة قديمة وإن لم يكن له نية ففيه وجهان أحدهما أنه يمين لأن العادة الحلف بها والتغليظ بألفاظها كالعادة بالحلف بالله والتغليظ بصفاته كالطالب الغالب والمدرك المهلك والثانى ليس بيمين لأنه يحتمل العبادات ويحتمل ما ذكرناه من استحقاقه ولم يقترن بذلك عرف عام وإنما يحلف به بعض الناس وأكثرهم لا يعرفونه فلم يجعل يمينا :

(فصل) وإن قال بالله لأفعلن كذا بالباء المعجمة من تحت فإن أراد بالله إنى أستعين بالله أو أثق بالله فى الفعل الذى أشار إليه لم يكن يمينا لأن ما نواه ليس بيمين واللفظ يحتمله فلم يجعل يمينا وإن لم يكن له نية كان يمينا لأن الباء من حروف القسم فحمل إطلاق اللفظ عليه وإن قال تالله لأفعلن كذا بالتاء المعجمة من فوق فالمنصوص فى الأيمان والإيلاء أنه يمين وروى المزنى فى القسامة أنه ليس بيمين واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال المذهب ما نص عليه فى الأيمان والايلاء لأن التاء من حروف القسم والدليل عليه قوله عز وجل وتالله لأكيدن أصنامكم بعد أن تولوا مدبرين وقوله تعالى لقد آثرك الله علينا وإن كنا لخاطئين فصار كما لو قال والله وبالله وما رواه المزنى صحف فيه والذى قال المزنى فى القسامة بالباء المعجمة من تحت وتعليله يدل عليه فإنه قال لأنه دعاء وتالله ليس بدعاء ومن أصحابنا من قال إن كان فى الايمان والايلاء فهو يمين لأنه يلزمه حق وإن كان فى القسامة لم يكن يمينا لأنه يستحق به المال فلم يجعل يمينا وإن قال الله لأفعلن كذا فإن أراد به اليمين فهو يمين لأنه قد تحذف حروف القسم ولهذا روى أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أخبر النبى صلى الله عليه وسلم أنه قتل أبا جهل فقال آلله إنك قتلته قال آلله إنى قتلته وإن لم يكن له نية لم يكن يمينا لأنه لم يأت بلفظ القسم وإن قال لاها الله ونوى به اليمين فهو يمين لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال فى سلب قتيل قتله أبو قتادة لاها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله ورسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق وإن لم ينو اليمين لم يكن يمينا لأنه غير متعارف فى اليمين فلم يجعل يمينا من غير نية وإن قال وأيم الله ونوى اليمين فهو يمين لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى أسامة بن زيد وأيم الله :

(قوله تالله لأكيدن أصنامكم) الكيد المكر : كاده يكيده كيدا ومكيدة . والمكر هو الاحتيال والخديعة (قوله لقد آثرك الله علينا) أى أعطاك وفضلك : من آثرت فلانا على نفسى إيثارا أى جعلته أحق به منى قال الله تعالى ويؤثرون على أنفسهم (قوله آلله إنك قتلته) ممدود على لفظ الاستفهام والخفض لا غير ، لأن همزة الاستفهام بدل من حرف القسم الخافض لاسم الله تعالى وفى الثانى يجوز المد والقصر والخفض والنصب والرفع ولا يكون الخفض إلا مع المد ، ومعنى الرفع الله قسمى أو الله الذى أقسم به والنصب لفقدان الخافض كما قالوا يمين الله. والرواية فى الصحيح المد فى الأول لأنه استفهام صريح والقصر فى الثانى ، ومن جوز المد فى الثانى فإنه قصد العوض لا الاستفهام (قوله لاها الله) هى ههنا التى للتنبيه جاءت عوضا من حرف القسم وقد روى فيها المد ولا أعلم لها وجها وكذا روى فى حديث الربا «البر بالبر والشعير بالشعير إلى أن قال هاء وهاء يريد يدا بيد» ومعناها فى الربا خذ ، يقال هاك الدرهم أى خذ . وفى كتاب الله تعالى هاؤم اقرءوا كتابيه فمدها لأجل الهمزة التى بعدها . وقيل هى ممدودة فى نفسها وكذلك ها أنتم هؤلاء وأنشدوا لعلى رضى الله عنه :

أفاطم هاء السيف غير ذميم فلست برعديد ولا بلئيم

(قوله وأيم الله) ايم أصله أيمن فحذفت منه النون لكثرة الاستعمال كما حذفوها فى يكن فقالوا لم يك : واختلفوا فى ألفها فسيبويه يقول إنها ألف وصل والفراء يقول إنها ألف قطع وليس هذا موضع ذكره . وأما ميم أيم فالقياس ضمها كما كان

إنه لخليق بالامارة فان لم يكن له فيه لم يكن يمينا لأنه لم يقترن به عرف ولا نية .

(فصل) وإن قال لعمر الله ونوى به اليمين فهو يمين لأنه قد قيل معناه بقاء الله وقيل حق الله وقيل علم الله والجميع من الصفات التي تنعقد بها اليمين فان لم يكن له نية ففيه وجهان أحدهما أنه يمين لأن الشرع ورد به في اليمين وهو قول الله عزوجل لعمرك أنهم لفي سكرتهم يعمهون والثاني أنه ليس بيمين وهو ظاهر النص لأنه غير متعارف في اليمين .

(فصل) وإن قال أقسمت بالله أو أقسم بالله لأفعلن كذا ولم ينو شيئاً فهو يمين لأنه ثبت له عرف الشرع وعرف العادة فالشرع قوله عز وجل «فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما» وقوله عزوجل «وأقسموا بالله جهد أيمانهم» وعرف العادة أن الناس يحلفون بها كثيرا وإن قال أردت بقولي أقسمت بالله الخبر عن يمين متقدمة وبقولي أقسم بالله الخبر عن يمين مستأنفة قبل قوله فيما بينه وبين الله تعالى لأن ما يدعيه يحتمله اللفظ فأما في الحكم فالمنصوص في الايمان أنه يقبل وقال في الايلاء إذا قال لزوجته أقسمت بالله لاوطئتك وقال أردت به في زمان متقدم أنه لا يقبل فمن أصحابنا من قال لا يقبل قولا واحدا وما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ في عرف الشرع وعرف العادة وقوله في الأيمان أنه يقبل إرادته فيما بينه وبين الله عزوجل ومنهم من قال لا يقبل في الإيلاء ويقبل في غيره من الأيمان لأن الايلاء يتعلق به حق المرأة فلم يقبل منه خلاف الظاهر والحق في سائر الأيمان لله عزوجل فقبل قوله ومنهم من نقل جوابه في كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما يقبل لأن ما يدعيه يحتمله اللفظ والثاني لا يقبل لأن ما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ في عرف الشرع وعرف العادة فان قال شهدت بالله أو أشهد بالله لأفعلن كذا فان نوى به اليمين فهو يمين لأنه قد يراد بالشهادة اليمين وإن نوى بالشهادة بالله الأيمان به فليس بيمين لأنه قد يراد به ذلك وإن لم يكن له نية ففيه وجهان أحدهما أنه يمين لأنه ورد به القرآن والمراد به اليمين وهو قوله عزوجل «فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين» والثاني أنه ليس بيمين لأنه ليس في اليمين بها عرف من جهة العادة وأما في الشرع فقد ورد والمراد به اليمين وورد والمراد به الشهادة فلم يجعل يمينا من غير نية وإن قال أعزم بالله لأفعلن كذا فإن أراد به اليمين فهو يمين لأنه يحتمل أن يقول أعزم ثم يبتدئ اليمين بقوله بالله لأفعلن كذا وإن أراد إني أعزم بالله أي بمعونته وقدرته لم يكن يمينا وإن لم ينو شيئا لم يكن يمينا لأنه يحتمل اليمين ويحتمل العزم على الفعل بمعونة الله فلم يجعل يمينا من غير نية ولا عرف وإن قال أقسم أو أشهد أو أعزم ولم يذكر اسم الله تعالى لم يكن يمينا نوى به اليمين أو لم ينو لأن اليمين لا ينعقد إلا باسم معظم أو صفة معظمة ليتحقق له المحلوف عليه وذلك لم يوجد .

(فصل) وإن قال أسألك بالله أو أقسم عليك بالله لتفعلن كذا فان أراد به الشفاعة بالله عز وجل في الفعل لم يكن يمينا وإن أراد أن يحلف عليه ليفعلن ذلك صار حالفا لأنه يحتمل اليمين وهو أن يبتدئ بقوله بالله لتفعلن كذا وإن أراد أن يعقد للمسئول بذلك يمينا لم ينعقد لواحد منهما لأن السائل صرف اليمين عن نفسه والمسئول لم يحلف .

(فصل) إذا قال والله لأفعلن كذا إن شاء زيد أن أفعله فقال زيد قد شئت أن يفعله انعقدت يمينه لأنه عاق عقد اليمين على مشيئته وقد وجدت ثم يقف البر والحنث على فعل الشيء وتركه وإن قال زيد لست أشاء أن يفعله لم تنعقد اليمين لأنه لم يوجد شرط عقدها وإن فقدت مشيئته بالجنون أو الغيبة أو الموت لم ينعقد اليمين لأنه لم يتحقق شرط الانعقاد ولا ينعقد اليمين به والله أعلم

مضمومة قبل الحذف وذكر القلعي أنها تخفض بالقسم والواو واو قسم عنده . وذا كرت جماعة من أئمة النحو والمعرفة فمنعوا من الخفض وقالوا أيمن بنفسها آلة للقسم فلا يدخل على الآلة آلة هكذا ذكر لي من بسمع التاج النحوي رئيس أهل العربية بدمشق (قوله إنه لخليق بالامارة) أي حقيق وجدير ، وقد خلق لذلك كأنه ممن يقدر لذلك ويرى فيه مخايله ، وهذه مخلقة لذلك أي مجدرة (قوله لعمر الله) كأنه حلف ببقائه . وأصله العمر بضم العين استعمل في القسم بالفتح (قوله يعمهون) لا يهتدون . والعمه التحير والتردد (قوله وأقسموا بالله جهد أيمانهم) أي بالغوا في اليمين واجتهدوا فيها (قوله أعزم بالله) عزم على الأمر إذا قطع عليه ولم يرده عنه شيء (قوله الحنث) أصل الحنث الاثم والذنب. وبلغ الغلام الحنث أي المعصية والطاعة . والحنث أيضا الخلف في اليمين يقال حنث في يمينه أي لم يبر فيأثم ويذنب. وقال ابن الأعرابي الحنث الرجوع في اليمين أي يفعل ما حلف عليه أن لا يفعل

(باب جامع الايمان)

إذا حلف لايسكن دارا وهو فيها فخرج فى الحال بنية التحويل وترك رحله فيها لم يحنث لأن اليمين على سكناه وقد ترك السكنى فلم يحنث بترك الرحل كما لو حلف لايسكن فى بلد فخرج وترك رحله فيه وإن تردد إلى الدار لنقل الرحل لم يحنث لأن ذلك ليس بسكنى وإن حلف لايسكنها وهو فيها أو لايلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لايركب هذه الدابة وهو راكبها فاستدام حنث لأن الاسم يطلق على حال الاستدامة ولهذا تقول سكنت الدار شهرا ولبست الثوب شهرا وركبت الدابة شهرا وإن حلف لايتزوج وهو متزوج أو لايتطهر وهو متطهر أو لايتطيب وهو متطيب فاستدام لم يحنث لأنه لايطلق الاسم عليه فى حال الاستدامة ولهذا تقول تزوجت من شهر وتطهرت من شهر وتطيبت من شهر ولاتقول تزوجت شهرا وتطهرت شهرا وتطيبت شهرا وإن حلف لايدخل الدار وهو فيها فاستدام ففيه قولان قال فى الأم يحنث لأن استدامة الدخول كالابتداء فى التحريم فى ملك الغير فكذلك فى الحنث فى اليمين كاللبس والركوب وقال فى حرملة لايحنث وهو الصحيح لأن الدخول لايستعمل فى الاستدامة ولهذا تقول دخلت الدار من شهر ولاتقول دخلتها شهرا فلم يحنث بالاستدامة كما لو حلف لايتطهر أو لايتزوج فاستدام فان حلف لايسافر وهو فى السفر فأخذ فى العود لم يحنث لأنه أخذ فى ترك السفر وإن استدام السفر حنث لأنه مسافر .

(فصل) وإن حلف لايساكن فلانا وهما فى مسكن واحد ففارق أحدهما الآخر فى الحال وبقى الآخر لم يحنث لأنه زالت المساكنة وإن سكن كل واحد منهما فى بيت من خان أو دار كبيرة وانفرد كل واحد منهما بباب وغلق لم يحنث لأنه ماساكنه فإن حلف لايدخل دارا فأدخل إحدى الرجلين أو أدخل رأسه إليها لم يحنث وإن حلف لايخرج من دار فأخرج إحدى الرجلين أو أخرج رأسه منها لم يحنث لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان معتكفا وكان يدخل رأسه إلى عائشة لترجله ولأن كمال الدخول والخروج لايحصل بذلك .

(فصل) وإن حلف لايدخل دارا فحصل فى سطحها وهو غير محجر لم يحنث وقال أبو ثور يحنث لأن السطح من الدار وهذا خطأ لأنه حاجز بين داخل الدار وخارجها فلم يصر بحصوله فيه داخلا فيها كما لو حصل على حائط الدار وإن كان محجرا ففيه وجهان أحدهما يحنث لأنه يحيط به سور الدار والثانى لايحنث وهو ظاهر النص لأنه لم يحصل فى داخل الدار وإن كان فى الدار نهر فطرح نفسه فى الماء حتى حمله إلى داخل الدار حنث لأنه دخل الدار وإن كان فى الدار شجرة منتشرة الأغصان فتعلق بغصن منها ونزل فيها حتى أحاط به حائط الدار حنث وإن نزل فيه حتى حاذى السطح فان كان غير محجر لم يحنث وإن كان محجرا فعلى الوجهين .

(فصل) وإن حلف لايدخل دار زيد هذه فباعها ثم دخلها حنث لأن اليمين على عين مضافة إلى مالك فلم يسقط الحنث فيه بزوال الملك كما لو حلف لايكلم زوجة فلان هذه فطلقها ثم كلمها وإن حلف لايدخل دار زيد فدخل دارا لزيد وعمرو لم يحنث لأن اليمين معقودة على دار جميعها لزيد وإن حلف لايدخل دار زيد فدخل دارا يسكنها زيد بإعارة أو إجارة أو غصب فان أراد مسكنه حنث لأنه يحتمل ما نوى وإن لم يكن له نية لم يحنث وقال أبو ثور يحنث لأن الدار تضاف إلى الساكن والدليل عليه قوله تعالى « لاتخرجوهن من بيوتهن » فأضاف بيوت أزواجهن إليهن بالسكنى وهذا خطأ لأن حقيقة الإضافة تقتضى ملك العين ولهذا لو قال هذه الدار لزيد جعل ذلك إقرارا له بملكها .

(فصل) وإن حلف لايدخل هذه الدار فانهدمت وصارت ساحة أو جعلت حانوتا أو بستانا فدخلها لم يحنث لأنه زال

(ومن باب جامع الإيمان)

(قوله وترك رحله فيها) هو ما يستصحب من الأثاث . والرحل مسكن الرجل أيضا ومنه فى الحديث صلوا فى الرحال وكذا قوله لنقل الرحل هو الأثاث كالحقة والقدر والسراج . والرحل فى غير هذا عدة البعير (قوله فى بيت من خان) الخان موضع يسكنه المسافرون (قوله فى سطحها وهو غير محجر) المحجر الذى عليه بناء يحيط به ومنه سميت الحجرة وسور الدار ما يحيط به (قوله ساحة أو جعلت حانوتا) الساحة العرصة التى لابناء فيها والحانوت الدكان ، فارسى . والحانوت أيضا بيت الخمر . وقال فى فقه اللغة . الحانوت مكان البيع والشراء

عنها اسم الدار وأن أعيدت بغير تلك الآلة لم يحنث بدخولها لأنها غير تلك الدار وإن أعيدت بتلك الآلة ففيه وجهان أحدهما لا يحنث وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأنها غير تلك الدار والثاني أنه يحنث لأنها عددت كما كانت :

(فصل) وإن حلف لا يدخل هذه الدار من هذا الباب فقلع الباب ونصبه في مكان آخر وبقي الممر الذي كان عليه الباب فدخلها من الممر حنث وإن دخلها من الموضع الذي نصب فيه الباب لم يحنث ومن أصحابنا من قال إن دخل من الممر الذي كان فيه الباب لم يحنث لأنه لم يدخل من ذلك الباب لأن الباب نقل وهذا خطأ لأن الباب هو الممر الذي يدخل ويخرج منه دون المصراع المنصوب والممر الأول باق فتعلق به الحنث وإن حلف لا يدخل هذه الدار من بابها أولا يدخل من باب هذه الدار فسد الباب وجعل الباب في مكان آخر فدخلها منه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يحنث وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وهو المنصوص في الأم لأن اليمين انعقدت على باب موجود مضاف إلى الدار وذلك هو الباب الأول فلا يحنث بالثاني كما لو حلف لا يدخل دار زيد فباع زيد داره ثم دخلها والثاني وهو قول أبي إسحق أنه يحنث وهو الأظهر لأن اليمين معقودة على بابها وبابها الآن هو الثاني فتعلق الحنث به كما لو حلف لا يدخل دار زيد فباع زيد داره واشترى أخرى فان الحنث يتعلق بالدار الثانية دون الأولى :

(فصل) وإن حلف لا يدخل بيتا فدخل مسجدا أو بيتا في الحمام لم يحنث لأن المسجد وبيت الحمام لا يدخلان في إطلاق اسم البيت ولأن البيت اسم لما جعل للايواء والسكنى والمسجد وبيت الحمام لم يجعل لذلك فان دخل بيتا من شعر أو أدم نظرت فان كان الحالف ممن يسكن بيوت الشعر والادم حنث وإن كان ممن لا يسكنها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس بن سريج أنه لا يحنث لأن اليمين تحمل على العرف ولهذا لو حلف لا يأكل الرؤس حمل على ما يتعارف أكله منفردا وبيت الشعر والأدم غير متعارف للقروى فلم يحنث به والثاني وهو قول أبي إسحق وغيره أنه يحنث لأنه بيت جعل للايواء والسكنى فأشبه بيوت المدر وقولهم إنه غير متعارف في حق أهل القرى يبطل بالبيت من المدر فانه غير متعارف في حق أهل البادية ثم يحنث به وخبز الأرز غير متعارف في حق غير الطبرى ثم يحنث بأكله إذا حلف لا يأكل الخبز :

(فصل) وإن حلف لا يأكل هذه الحنطة فجعلها دقيقا أو لا يأكل هذا الدقيق فجعله عجينا أو لا يأكل هذا العجين فجعله خبزا لم يحنث بأكله وقال أبو العباس يحنث لأن اليمين تعلقت بعينه فتعلق الحنث بها وإن زال الاسم كما لو حلف لا يأكل هذا الحمل فذبحه وأكله والمذهب الأول لأنه علق اليمين على العين والاسم ثم لا يحنث بغير العين فكذلك لا يحنث بغير الاسم ويخالف الحمل لأنه لا يمكن أكله حيا والحنطة يمكن أكلها حبا ولأن الحمل ممنوع من أكله في حال الحياة من غير يمين فلم يدخل في اليمين والحنطة غير ممنوع من أكلها فتعلق بها اليمين وإن حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله وهو تمر أو لا يأكل هذا الحمل فأكله وهو كبش أو لا يكلم هذا الصبي فكلمه وهو شيخ ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه لا يحنث كما لا يحنث في الحنطة إذا صارت دقيقا فأكله والثاني أنه يحنث لأن الانتقال حدث فيه من غير صنعة وفي الحنطة الانتقال حدث فيها بصنعة وهذا لا يصح لأنه يبطل به إذا حلف لا يأكل هذا البيض فصار فرخا أو لا يأكل هذا الحب فصار زرعا فإنه لا يحنث وإن كان الانتقال حدث فيه من غير صنعة وإن حلف لا يشرب هذا العصير فصار خمرا أو لا يشرب هذا الخمر فصار خلا فشربه لم يحنث كما قلنا في الحنطة إذا صارت دقيقا وإن حلف لا يلبس هذا الغزل فنسج منه ثوبا حنث بلبسه لأن الغزل لا يلبس إلا منسوجا فصار كما لو حلف لا يأكل هذا الحيوان فذبحه وأكله :

(قوله دون المصراع) هو اللوح الذي ينصب وهما مصرعان (قوله القروى) منسوب إلى القرية سميت بذلك لأنها تجمع الناس : من قرى إذا جمع . ويقال قرية لغة يمانية ولعلها جمعت على ذلك مثل لحية ولحى (قوله بيوت المدر) أصل المدر قطع الطين اليابس: والتراب والطين واحد . والتراب أكم وسمي البلد مدرة . والحمل ولد النعجة الصغير فإذا كبر فهو كبش ٥

(فصل) وإن حلف لايشرب هذا السويق فاستفه أو لايأكل هذا الخبز فدقه وشربه أو ابتلعه من غير مضغ لم يحنث لأن الأفعال أجناس مختلفة كالأعيان ثم لو حلف على جنس من الأعيان لم يحنث بجنس آخر فكذلك إذا حلف على جنس من الأفعال لم يحنث بجنس آخر وإن حلف لايذوق هذا الطعام فذاقه ولفظه ففيه وجهان أحدهما لايحنث لأنه لايوجد حقيقة الذوق مالم يزدرده ولهذا لايبطل به الصوم والثاني أنه لايحنث لأن الذوق معرفة الطعم وذلك يحصل من غير ازدراد وإن حلف لايذوقه فأكله أو شربه حنث لأنه قد ذاق وزاد عليه وإن حلف لايأكل ولايشرب ولايذوق فأوجر في حلقه حتى وصل إلى جوفه لم يحنث لأنه لم يأكل ولم يشرب ولم يذق وإن قال والله لا طعمت هذا الطعام فأوجر في حلقه حنث لأن معناه لاجعلته لي طعاما وقد جعله طعاما له .

(فصل) وإن حلف لايأكل اللحم حنث بأكل لحم كل مايؤكل لحمه من النعم والوحش والطير لأن اسم اللحم يطلق على الجميع ولايحنث بأكل السمك لأنه لايطلق عليه اسم اللحم وهو يحنث بأكل لحم مالايؤكل لحمه فيه وجهان أحدهما يحنث لأنه يطلق عليه اسم اللحم وإن لم يحل كما أطلق على اللحم المغصوب وإن لم يحل والثاني لايحنث لأن القصد باليمين أن يمنع نفسه مما يستبيحه، ولحم مالايؤكل لحمه ممنوع من أكله من غير يمين فلم يدخل في اليمين وإن حلف لايأكل اللحم فأكل الشحم لم يحنث وإن حلف لايأكل الشحم فأكل اللحم لم يحنث لأنهما جنسان مختلفان في الاسم والصفة وإن حلف على اللحم فأكل سمين الظهر والجنب وما يعلو اللحم ويتخلله من البياض حنث لأنه لحم سمين وإن حلف على الشحم فأكل ذلك لم يحنث لأنه ليس بشحم وإن حلف على اللحم أو الشحم فأكل الكبد أو الطحال أو الرئة أو الكرش أو المخ لم يحنث لأنه مخالف اللحم والشحم في الاسم والصفة وإن حلف على اللحم فأكل لحم الخد أو لحم الرأس أو اللسان ففيه وجهان أحدهما يحنث لأنه لحم والثاني لايحنث لأن اللحم لايطلق إلا على لحم البدن واختلف أصحابنا في الألية فمنهم من قال هو شحم يحنث به في اليمين على الشحم ولايحنث به في اليمين على اللحم لأنه يشبه الشحم في بياضه ويذوب كما يذوب الشحم ومنهم من قال هو لحم فيحنث به في اليمين على اللحم ولايحنث به في اليمين على الشحم لأنه نابت في اللحم ويشبهه في الصلابة ومنهم من قال ليس بلحم ولاشحم ولايحنث به في اليمين على واحد منهما لأنه مخالف للجميع في الاسم والصفة فصار كالكبد والطحال وإن حلف على اللحم فأكل شحم العين لم يحنث لأنه مخالف للحم في الاسم والصفة وإن حلف على الشحم فأكله ففيه وجهان أحدهما يحنث به لدخوله في اسم الشحم والثاني لايحنث به لأنه لايدخل في إطلاق اسمه كما لايدخل لحم السمك في إطلاق اليمين على اللحم ولا التمر الهندي في اليمين على التمر .

(فصل) وإن حلف لايأكل الرؤوس ولم يكن له نية حنث برؤوس الابل والبقر والغنم لأنها تباع مفردة وتؤكل مفردة عن الأبدان ولايحنث برؤوس الطير فإنها لاتباع مفردة ولاتؤكل مفردة فإن كان في بلد يباع فيه رؤوس الصيد ورؤوس السمك مفردة حنث بأكلها لأنها تباع مفردة فهي كرؤوس الابل والبقر والغنم وهل يحنث بأكلها في سائر البلاد فيه وجهان أحدهما لايحنث لأنه لايطلق عليها اسم الرؤوس إلا في البلد الذي يباع فيه ويعتاد أكله والثاني يحنث بها لأن ماثبت له العرف في مكان وقع الحنث به في كل مكان كخبز الأرز .

(فصل) وإن حلف لايأكل البيض حنث بأكل كل بيض يزايل بائضه في الحياة كبيض الدجاجة والحمامة والنعامة لأنه يؤكل منفردا ويباع منفردا فيدخل في مطلق اليمين ولايحنث بما لايزايل بائضه كبيض السمك والجراد لأنه لايباع منفردا ولا يؤكل منفردا فلم يدخل في مطلق اليمين .

(فصل) وإن حلف لايأكل اللبن حنث بأكل لبن الأنعام ولبن الصيد لأن اسم اللبن يطلق على الجميع وإن كان فيه مايقل أكله

(قوله السويق فاستفه) يقال سف الدواء واستفه وسففت أنا بالكسر وأسففته بمعنى أي أخذته غير ملتوت وكذا السويق وكل دواء غير معجون فهو سفوف . والازدراد البلع من غير مضغ ولالوك (قوله فأوجر) الوجور الدواء الذي يصب في وسط الفم تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى وأوجرته الرمح لاغير إذا طعنته به (قوله يتخلله من البياض) أي يدخل في خلله

لتقذره كما يحنث فى اليمين على اللحم بأكل لحم الجميع وإن كان فيه مايقل أكله لتقذره ويحنث الحليب والرائب وما جمد منه لأن الجميع لبن ولا يحنث بأكل الجبن واللور واللبا والزبد والسمن والمصل والأقط وقال أبو على بن أبى هريرة إذا حلب على اللبن حنث بكل مايتخذ منه لأنه من اللبن والمذهب الأول لأنه لايطلق عليه اسم اللبن فلم يحنث به وإن كان منه كما لو حلف لايأكل الرطب فأكل التمر أو لايأكل السمسم فأكل الشيرج فإنه لايحنث وإن كان التمر من الرطب والشيرج من السمسم :

(فصل) وإن حلف لايأكل السمن فأكله مع الخبز أو أكله فى العصيدة وهو ظاهر فيها حنث وإن حلف لايأكل اللبن فأكله فى طبيخ وهو ظاهر فيه أو حلف لايأكل الخل فأكله فى طبيخ وهو ظاهر فيه حنث وقال أبو سعيد الاصطخرى إذا أكله مع غيره لم يحنث لأنه لم يفرده بالأكل فلم يحنث كما لو حلف لايأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه زيد وعمرو والمذهب الأول لأنه فعل المحلوف عليه وأضاف إليه غيره فحنث كما لو حلف لايدخل على زيد فدخل على جماعة وهو فيهم :

(فصل) وإن حلف لايأكل أدما فأكل اللحم حنث لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال سيد الإدام اللحم ولأنه يؤتدم به فى العادة فحنث به كالخل والمرى فان أكل التمر ففيه وجهان أحدهما لايحنث لأنه لايؤتدم به فى العادة وإنما يؤكل قوتا أو حلاوة والثانى أنه يحنث به لأن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى سائلا خبزا وتمرا وقال هذا أدم هذا :

(فصل) وإن حلف لايأكل الفاكهة فأكل الرطب أو العنب أو الرمان أو الاترنج أو التوت أو النبق حنث لأنها ثمار أشجار فحيث بها كالتفاح والسفرجل وإن أكل البطيخ أو الموز حنث لأنه يتفكه به كما يتفكه بثمار الأشجار وإن أكل الخيار أو القثاء لم يحنث لأنهما من الخضراوات :

(فصل) وإن حلف لايأكل بسرا ولا رطبا فأكل منصفا حنث فى اليمين لأنه أكل البسر والرطب وإن حلف لايأكل بسرة ولا رطبة فأكل منصفا لم يحنث لأنه لم يأكل بسرة ولا رطبة :

(فصل) وإن حلف لايأكل قوتا فأكل التمر أو الزبيب أو اللحم وهو ممن يقتات ذلك حنث وهل يحنث به غيره على ماذكرناه من الوجهين فى بيوت الشعر ورءوس الصيد :

والخال الفرج بين الشيئين أو الأشياء وقد ذكر (قوله بالحليب والرائب) أما الحليب فمعروف أول مايخرج عند الحلب وهو فعيل بمعنى مفعول أى محلوب : وأما الرائب فيسمى اللبن بذلك إذا حمض وخثر أى ثخن وقد ذكر : وقوله لايحنث بأكل الجبن الخ أما الجبن فمعروف أيضا لبن عقد بالأنفحة يقال جبن بإسكان الباء وضم الجيم لغة وبعضهم يقول جبن وجبنة بالضم والتشديد . وأما اللور بضم اللام فهو أن يجعل فى الحليب الأنفحة فينعقد فيؤكل قبل أن يشتد ويؤتدم به ويؤكل بالتمر ويعمل من الحليب الذى يكون بعد اللبا : وأما اللبا مقصور مهموز فهو لبن البهيمة عند أول ماتنتج يترك على النار فينعقد : وأما المصل فيؤخذ ماء الجبن والأقط فيغلى غليا شديدا حتى ينقطع ويطلع الثخين ناحية فيترك فى خرقة حتى ينزل منه الماء الرقيق ثم يعصر ويوضع فوق الخريطة شىء ثقيل ليستنزل مافيه ثم يترك فيه قليل من الملح ويجعل أقراصا أو حلقا : والمصل والمصالة أصله من مصل إذا سال منه شىء يسير ، يقال مصل يمصل طعمه ممتزج ليس بالحامض ولا الحلو : والشيراز هو أن يؤخذ اللبن الخاثر وهو الرائب فيجعل فى كيس حتى ينزل ماؤه ويضرب هذا الذى قصده صاحب الكتاب وقد يعمل الشيراز أيضا بأن يترك الرائب فى وعاء ويوضع فوقه الأبازير وشىء من المحرمات ثم يؤكل ويترك نوقه كل يوم لبن حليب : وأما الأقط فقد ذكر وهو أن يغلى اللبن الحامض المنزوع الزبد على النار حتى ينعقد ويجعل قطعا صغارا أو يجفف فى الشمس : وذكر فى التنبيه الدوع بضم الدال وهو المخيض بعينه فارسى معرب وذكر فيه الكشك وهو أن يهرس البر أو الشعير حتى ينقى من القشر ثم يجش ويغلى فى المخيض إلى أن يختر فيشرز أى يجفف ذكره فى مجمل اللغة . وأما المرى فإنما هو بتشديد الراء والياء وكأنه منسوب إلى المرارة . والعامة تخففه وصفته أن يؤخذ الشعير فيقلى ثم يطحن ويعجن ويخمر ثم يخلط بالماء فيستخرج منه خل يضرب لونه إلى الحمرة يؤتدم به ويطبخ به والتوت شجر معروف يعلف به دود القز له ثمر أحمر : والنبق ثمار السدر وفى الحديث فى سدرة المنتهى نبقها مثل قلال هجر : والريحان الفارسى هو الشقر فى لغة بعض عوام اليمن . والبنفسج شجر طيب الريح طبعه الرطوبة زهره أحمر أدهم وهو معرب بنفسه : والياسمين شجر طيب الرائحة يشم زهره له أغصان دقاق زهره أبيض

(فصل) وإن حلف لا يأكل طعاما حنث بأكل كل مايطعم من قوت وأدم وفاكهة وحلاوة لأن اسم الطعام يقع على الجميع والدليل عليه قوله تعالى كل الطعام كان حلا لبنى إسرائيل إلا ماحرم إسرائيل على نفسه وهل يحنث بأكل الدواء فيه وجهان أحدهما لايحنث لأنه لايدخل فى إطلاق اسم الطعام والثانى يحنث لأنه يطعم فى حال الاختيار ولهذا يحرم فيه الربا .

(فصل) وإن حلف لايشرب الماء فشرب ماء البحر احتمل عندى وجهين أحدهما يحنث لأنه يدخل فى اسم الماء المطلق ولهذا تجوز به الطهارة والثانى لايحنث لأنه لايشرب وإن حلف لايشرب ماء فراتا فشرب ماء دجلة أو غيره من المياه العذبة حنث لأن الفرات هو الماء العذب والدليل عليه قوله تعالى «وأسقيناكم ماء فراتا» وأراد به العذب وإن حلف لايشرب من ماء الفرات فشرب من ماء دجلة لم يحنث لأن الفرات إذا عرف بالألف واللام فهو النهر الذى بين العراق والشام :

(فصل) وإن حلف لايشم الريحان فشم الضميران وهو الريحان الفارسى حنث وإن شم ماسواه كالورد والبنفسج والياسمين والزعفران لم يحنث لأنه لايطلق اسم الريحان إلا على الضميران وما سواه لايسمى إلا بأسمائها وإن حلف لايشم المشموم حنث بالجميع لأن الجميع مشموم وإن شم الكافور أو المسك أو العود أو الصندل لم يحنث لأنه لايطلق عليه اسم المشموم وإن حلف لايشم الورد والبنفسج فشم دهنهما لم يحنث لأنه لم يشم الورد والبنفسج وإن جف الورد والبنفسج فشمهما ففيه وجهان أحدهما لايحنث كما لايحنث إذا حلف لايأكل الرطب فأكل التمر والثانى يحنث لبقاء اسم الورد والبنفسج

(فصل) وإن حلف لايلبس شيئا فلبس درعا أو جوشنا أو خفا أو نعلا ففيه وجهان أحدهما يحنث لأنه لبس شيئا والثانى لايحنث لأن إطلاق اللبس لاينصرف إلى غير الثياب .

(فصل) وإن كان معه رداء فقال والله لالبست هذا الثوب وهو رداء فارتدى به أو تعمم به أو اتزر به حنث لأنه لبسه وهو رداء فإن جعله قميصا أو سراويل ولبسه لم يحنث لأنه لم يلبسه وهو رداء فان قال والله لالبست هذا الثوب ولم يقل وهو رداء فارتدى به أو تعمم به أو اتزر به أو جعله قميصا أو سراويل ولبسه حنث ومن أصحابنا من قال لايحنث لأنه حلف على لبسه وهو على صفة فلم يحنث بلبسه على غير تلك الصفة والصحيح هو الأول لأنه حلف على لبسه ثوبا فحمل على العموم كما لو قال والله لالبست ثوبا :

(فصل) وإن حلف لايلبس حليا فلبس خاتما من ذهب أو فضة أو مخنقة من لؤلؤ أو غيره من الجواهر حنث لأن الجميع حلى والدليل عليه قوله عز وجل «يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا ولباسهم فيها حرير» وإن لبس شيئا من الخرز أو السبج فان كان ممن عادته التحلى به كأهل السواد حنث لأنهم يسمونه حليا وهل يحنث به غيرهم على ماذكرناه من الوجهين فى بيوت الشعر ورءوس الصيد وإن تقلد سيفا محلى لم يحنث لأن السيف ليس بحلى وإن لبس منطقة محلاة ففيه وجهان أحدهما يحنث لأنه من حلى الرجال والثانى لايحنث لأنه ليس من الآلات المحلاة فلم يحنث به كالسيف وإن حلف لايلبس خاتما فلبسها فى غير الخنصر أو حلف لايلبس قميصا فارتدى به أو لايلبس قلنسوة فلبسها فى رجله لم يحنث لأن اليمين يقتضى لبسا متعارفا وهذا غير متعارف :

(فصل) وإن منّ عليه رجل فحلف لايشرب له ماء من عطش فأكل له خبزا أو لبس له ثوبا أو شرب له ماء من غير عطش لم يحنث لأن الحنث لايقع إلا على ماعقد عليه اليمين والذى عقد عليه اليمين شرب الماء من عطش فلو حنثناه على ماسواه لحنثناه على مانوى لا على ماحلف عليه وإن حلف لايلبس له ثوبا فوهبه له ثوبا فلبسه لم يحنث لأنه لم يلبس ثوبه :

(فصل) وإن حلف لايضرب امرأته فضربها ضربا غير مؤلم حنث لأنه يقع عليه اسم الضرب وإن عضها أو خنقها أو نتف

(قوله جوشنا) هو درع قصيرة على قدر الصدر (قوله وإن لبس مخنقة) هى القلادة مأخوذ من المخنق ، وهو موضع من العنق : والسبج خرز أسود معروف : والسواد قرى العراق ومزارعها : والقلنسوة ملبوس على قدر الرأس معروف عندهم

شعرها لم يحنث لأن ذلك ليس بضرب وإن لكمها أو لطمها أو رفسها ففيه وجهان أحدهما يحنث لأنه ضربها والثانى لا يحنث لأن الضرب المتعارف ما كان يؤلم وإن حلف ليضربن عبده مائة سوط فشد مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة فإن تيقن أنه أصابه المائة بر فى يمينه لأنه ضربه مائة سوط وإن تيقن أنه لم يصبه بالمائة لم يبر لأنه ضربه دون المائة وإن شك هل أصابه بالجميع أو لم يصبه بالجميع فالمنصوص أنه يبر وقال المزنى لا يبر كما قال الشافعى رحمه الله فيمن حلف ليفعلن كذا فى وقت إلا أن يشاء فلان فمات فلان حنث وإذا لم نجعله بارا للشك فى المشيئة وجب أن لا نجعله بارا للشك فى الإصابة والمذهب الأول لأن أيوب عليه السلام حلف ليضربن امرأته عددا فقال عز وجل وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث ويخالف ما قاله الشافعى رحمه الله فى المشيئة لأنه ليس الظاهر وجود المشيئة فإذا لم تكن مشيئة حنث بالمخالفة والظاهر إصابته بالجميع فبر وإن حلف ليضربنه مائة مرة فضربه بالمائة المشدودة لم يبر لأنه لم يضربه إلا مرة فإن حلف ليضربنه مائة ضربة فضربه بالمائة المشدودة دفعة واحدة فأصابه الجميع ففيه وجهان أحدهما لا يبر لأنه ما ضربه إلا ضربة ولهذا لو رمى بسبع حصيات دفعة واحدة إلى الجمرة لم يحتسب له سبعا والثانى أنه يبر لأنه حصل بكل سوط ضربة ولهذا لو ضرب به فى حد الزنا حسب بكل سوط جلدة.

(فصل) وإن حلف لا يهب له فأعمره أو أرقبه أو تصدق عليه حنث لأن الهبة تمليك العين بغير عوض وإن كان لكل نوع منها اسم وإن وقف عليه وقلنا إن الملك ينتقل إليه حنث لأنه ملكه العين من غير عوض وإن باعه وحاباه لم يحنث لأنه ملكه بعوض وإن وصى له لم يحنث لأن التمليك بعد الموت والميت لا يحنث.

(فصل) وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن لم يحنث لأن الكلام لا يطلق فى العرف إلا على كلام الآدميين وإن حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه حنث لأن السلام من كلام الآدميين ولهذا تبطل به الصلاة فإن كلمه وهو نائم أو ميت أو فى موضع لا يسمع كلامه لم يحنث لأنه لا يقال فى العرف كلمه وإن كلمه فى موضع يسمع إلا أنه لم يسمع لاشتغاله بغيره حنث لأنه كلمه ولهذا يقال كلمه فلم يسمع وإن كلمه وهو أصم فلم يسمع لأصمم ففيه وجهان أحدهما يحنث لأنه كلمه وإن لم يسمع فحنث كما لو كلمه فلم يسمع لاشتغاله بغيره والثانى لا يحنث وهو الصحيح لأنه كلمه وهو لا يسمع فأشبه إذا كلمه وهو غائب وإن كاتبه أو راسله ففيه قولان قال فى القديم يحنث وقال فى الجديد لا يحنث وأضاف إليه أصحابنا إذا أشار إليه فجعلوا الجميع على قولين أحدهما يحنث والدليل عليه قوله عز وجل وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا فاستثنى الوحى وهو الرسالة من الكلام فدل على أنها منه وقوله عز وجل قال آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا فاستثنى الرمز وهو الإشارة من الكلام فدل على أنها منه ولأنه وضع لافهام الآدميين فأشبه الكلام والقول الثانى أنه لا يحنث لقوله عز وجل فإما ترين من البشر أحدا فقولى إنى نذرت للرحمن صوما فلن أكلم اليوم إنسيا ثم قال يا أخت هرون ما كان أبوك امرأ سوء وما كانت أمك بغيا فأشارت إليه قالوا كيف نكلم من كان فى المهد صبيا فلو كانت الإشارة كلاما لم تفعله وقد نذرت أن لا تكلم ولأن حقيقة الكلام ما كان باللسان ولهذا يصح نفيه عما سواه بأن تقول ما كلمته وإنما كاتبته أو راسلته أو أشرت إليه ويحرم على المسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام لقوله عليه السلام لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام والسابق أسبقهما إلى الجنة وإن كاتبه أو راسله ففيه وجهان أحدهما لا يخرج من مأثم الهجران لأن الهجران ترك الكلام فلا يزول إلا بالكلام والثانى وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه يخرج من مأثم الهجران لأن القصد بالكلام إزالة ما بينهما من الوحشة وذلك يزول بالمكاتبة والمراسلة

(فصل) وإن حلف لا يسلم على فلان فسلم على قوم هو فيهم ونوى السلام على جميعهم حنث لأنه سلم عليه وإن استثناه بقلبه لم يحنث لأن اللفظ وإن كان عاما إلا أنه يحتمل التخصيص فجاز تخصيصه بالنية وإن أطلق السلام من غير نية ففيه قولان أحدهما

(قوله وإن لكمها أو لطمها أو رفسها) لكمه يلكمه إذا ضربه بجمع كفه: واللطم الضرب على الوجه بباطن الراحة. والرفس الضرب بالرجل، رفسه يرفسه (قوله بر فى يمينه) البر ضد الحنث يقال بر يبر وبررت أبر بكسر عين الفعل فى الماضى وفتحها فى المستقبل وكذلك بررت والدى أبر ضد العقوق (قوله وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث) الضغث الحزمة من الشيء. قال الزبيدى الضغث ملء اليد من الحشيش. وفى التفسير خذ قبضة من اسل فيها مائة قضيب (قوله إلا وحيا) فسر فى الكتاب بالرسالة وذكر فى الصحاح أنه الكتابة والاشارة والرسالة والالهام والكلام الخفى وكل ما ألقيته إلى غيرك: يقال وحيت إليه الكلام وأوحيت وهو أن تكلمه بكلام تخفيه قال • وحى لها القرار واستقرت • ويروى أوحى لها (قوله فلن أكلم اليوم إنسيا) الانس البشر الواحد إنس وإنسى أيضا بالتحريك والجمع أناسى (قوله وما كانت أمك بغيا) البغى الزانية. والبغاء الزنا وقد ذكر

أنه يحنث لأنه سلم عليهم فدخل كل واحد منهم فيه والثانى أنه لايحنث لأن اليمين يحمل على المتعارف ولا يقال فى العرف لمن سلم على الجماعة وفيهم فلان إنه كلم فلانا وسلم على فلان وإن حلف لا يدخل على فلان فى بيت فدخل على جماعة فى بيت هو فيهم ولم يستثنه بقلبه حنث بدخوله عليهم وإن استثنى بقلبه عليهم ففيه وجهان أحدهما أنه لايحنث كما لو حلف لا يسلم عليه فسلم عليهم واستثناه بقلبه والثانى أنه يحنث لأن الدخول فعل لايتميز فلا يصح تخصيصه بالاستثناء والسلام قول فجاز تخصيصه بالاستثناء ولهذا لو قال سلام عليكم إلا على فلان صح وإن قال دخلت عليكم إلا على فلان لم يصح ؛

(فصل) وإن حلف لايصوم أو لا يصلى فدخل فيهما حنث لأنه بالدخول فيهما يسمى صائما ومصليا وإن حلف لايبيع أو لايتزوج أو لا يهب لم يحنث إلا بالإيجاب والقبول ومن أصحابنا من قال يحنث فى الهبة بالايجاب من غير قبول لأنه يقال وهب له ولم يقبل والصحيح هو الأول لأن الهبة عقد تمليك فلم يحنث فيه من غير إيجاب وقبول كالبيع والنكاح ولا يحنث إلا بالصحيح فأما إذا باع بيعا فاسدا أو نكح نكاحا فاسدا أو وهب هبة فاسدة لم يحنث لأن هذه العقود لاتطلق فى العرف والشرع إلا على الصحيح ؛

(فصل) وإن قال والله لاتسريت ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يحنث بوطء الجارية لأنه قد قيل إن التسرى مشتق من السراة وهو الظهر فيصير كأنه حلف لايتخذها ظهرا والجارية لايتخذها ظهرا إلا بالوطء وقد قيل إنه مشتق من السر وهو الوطء فصار كما لو حلف لايطؤها والثانى أنه لايحنث إلا بالتحصين عن العيون والوطء لأنه مشتق من السر فكأنه حلف لايتخذها أسرى الجوارى وهذا لايحصل إلا بالتحصين والوطء والثالث أنه لايحنث إلا بالتحصين والوطء والانزال لأن التسرى فى العرف اتخاذ الجارية لابتغاء الولد ولا يحصل ذلك إلا بما ذكرناه ؛

(فصل) وإن حلف أنه لامال له وله دين حال حنث لأن الدين الحال مال بدليل أنه تجب فيه الزكاة ويملك أخذه إذا شاء فهو كالعين فى يد المودع وإن كان له دين مؤجل ففيه وجهان أحدهما لايحنث لأنه لايستحق قبضه فى الحال والثانى أنه يحنث لأنه يملك الحوالة به والابراء عنه وإن كان له مال مغصوب حنث لأنه على ملكه وتصرفه وإن كان له مال ضال ففيه وجهان أحدهما يحنث لأن الأصل بقاؤه والثانى لايحنث لأنه لايعلم بقاءه فلا يحنث بالشك ؛

(فصل) وإن حلف أنه لايملك عبدا وله مكاتب فالمنصوص أنه لايحنث وقال فى الأم ولو ذهب ذاهب إلى أنه عبد مابقى عليه درهم إنما يعنى أنه عبد فى حال دون حال لأنه لو كان عبدا له لكان مسلطا على بيعه وأخذ كسبه فمن أصحابنا من جعل ذلك قولا آخر وقال أبو على الطبرى رحمه الله إنه لايحنث قولا واحدا وإنما ألزم الشافعى رحمه الله نفسه شيئا وانفصل عنه فلا يجعل ذلك قولا له

(فصل) وإن حلف لايرفع منكرا إلى فلان القاضى أو إلى هذا القاضى ولم ينو أنه لايرفعه إليه وهو قاض فرفعه إليه بعد العزل ففيه وجهان أحدهما أنه لايحنث لأنه شرط أن يكون قاضيا فلم يحنث بعد العزل كما لو حلف لايأكل هذه الحنطة فأكلها بعد ماصارت دقيقا والثانى أنه يحنث لأنه علق اليمين على عينه فكان ذكر القضاء تعريفا لاشرطا كما لو حلف لايدخل دار زيد هذه فدخلها بعد ما باعها زيد وإن حلف لا يرفع منكرا إلى قاض حنث بالرفع إلى كل قاض لعموم اللفظ وإن حلف لا يرفع منكرا إلى القاضى لم يحنث إلا بالرفع إلى قاضى البلد لأن التعريف بالألف واللام يرجع إليه فإن كان فى البلد قاض عند اليمين فعزل وولى غيره فرفع إليه حنث ؛

(قوله والله لاتسريت) ذكر فى اشتقاقه فى الكتاب ثلاثة أوجه : وذكر فى الصحاح وجها رابعا أن أصله تسررت من السرور وهو الفرح فأبدل من الراء الأخرى ياء كما قالوا تظنيت فى تظننت : والسرية فعلية من السر وهو الجماع وضمت السين لأن النسب موضع تغيير (قوله مسلطا على بيعه) التسليط القهر والأخذ بالغلبة وكذا السلاط وقد سلطه الله فتسلط عليهم (قوله لا يرفع منكرا) هو ماخالف الشرع والدين وأنكره الناس ؛

(فصل) وإن حلف لايكلم فلاناحيناأو دهراأوحقباأوزمانابر بأدنى زمان لأنه اسم للوقت ويقع على القليل والكثير وإن حلف لايكلمه مدة قريبة أومدة بعيدة بر بأدنى مدة لأنه مامن مدة إلا وهي قريبة بالاضافة إلى ماهو أبعد منها بعيدة بالإضافة إلى ماهو أقرب منها :

(فصل) وإن حلف لايستخدم فلانافخدمه وهوساكت لم يحنث لأنه حلف على فعله وهو طلب الخدمة ولم يوجد ذلك منه وإن حلف لايتزوج أولايطلق فأمر غيره حتى تزوج له أوطلق عنه لم يحنث لأنه حلف على فعله نفسه ولم يفعل وإن حلف لايبيع أولايضرب فأمر غيره ففعل فان كان ممن يتولى ذلك بنفسه لم يحنث لما ذكرناه وإن كان ممن لايتولى ذلك بنفسه كالسلطان فالمنصوص أنه لايحنث وقال الربيع فيه قول آخر أنه يحنث ووجهه أن العرف فى حقه أن يفعل ذلك عنه بأمره واليمين يحمل على العرف ولهذا لوحلف لايأكل الرءوس حملت على رءوس الأنعام والصحيح هو الأول لأن اليمين على فعله والحقيقة لاتنتقل بعادة الحالف ولهذا لو حلف السلطان أنه لايأكل الخبز أولايلبس الثوب فأكل خبز الذرة ولبس عباءة حنث وإن لم يكن ذلك من عادته وإن حلف لايحلق رأسه فأمر من حلقه ففيه طريقان أحدهما أنه على القولين كالبيع والضرب فى حق من يتولاه بنفسه والثانى أنه يحنث قولا واحدا لأن العرف فى الحلق فى حق كل أحد أن يفعله غيره بأمره ثم يضاف الفعل إلى المحلوق :

(فصل) وإن حلف لايدخل دارين فدخل أحدهما أولايأكل رغيفين فأكل أحدهما أولايأكل رغيفا فأكله إلا لقمة أولايأكل رمانة فأكلها إلا حبة أولايشرب ماء حب فشربه إلا جرعة لم يحنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه وإن حلف لايشرب ماء هذا النهر أوماء هذه البئر ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس أنه يحنث بشرب بعضه لأنه يستحيل شرب جميعه فانعقدت اليمين على مالايستحيل وهو شرب البعض والثانى وهو قول أبى إسحق أنه لايحنث بشرب بعضه لأنه حلف على شرب جميعه فلم يحنث بشرب بعضه كما لوحلف على شرب ماء فى الحب :

(فصل) وإن حلف لايأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه زيد وعمرو لم يحنث لأنه ليس فيه شىء يمكن أن يشار إليه إن اشتراه زيد دون عمرو فلم يحنث وإن اشترى كل واحد منهما طعاما ثم خلطاه فأكل منه ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه لايحنث لأنه ليس فيه شىء يمكن أن يقال هذا الطعام اشتراه زيد دون عمرو فلم يحنث كما لو اشترياه فى صفقة واحدة والثانى أنه إن أكل النصف فما دونه لم يحنث وإن أكل أكثر من النصف حنث لأن النصف فما دونه يمكن أن يكون مما اشتراه عمرو فلم يحنث بالشك وفيما زاد يتحقق أنه أكل مما اشتراه زيد والثالث وهو قول أبى إسحق أنه إن أكل الحبة والعشرين حبة لم يحنث لجواز أن يكون مما اشتراه عمرو وإن أكل الكف والكفين حنث لأنه يستحيل فيما يختلط أن يتميز فى الكف والكفين ما اشتراه زيد عما اشتراه عمرو :

(فصل) وإن حلف لايدخل دار زيد فحمله غيره باختياره فدخل به حنث لأن الدخول ينسب إليه كما ينسب إذا دخلها راكبا على البهيمة أو دخلها برجله فان دخلها ناسيا لليمين أوجاهلا بالدار أو أكره حتى دخلها ففيه قولان أحدهما يحنث لأنه فعل ما حلف عليه فحنث والثانى لايحنث وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولأن حال النسيان والجهل والاكراه لايدخل فى اليمين كما لايدخل فى الأمر والنهى فى خطاب الله عزوجل وخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وإذا لم يدخل فى اليمين لم يحنث به وإن حمله غيره مكرها حتى دخل به ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كما لو أكره حتى دخلها بنفسه لأنه لما كان فى حال الاختيار دخوله بنفسه ودخوله محمولا واحدا لوجب أن يكون فى حال الاكراه دخوله بنفسه ودخوله محمولا واحدا ومنهم من قال لايحنث قولا واحدا لأن الفعل إنما ينسب إليه إما بفعله حقيقة أوبفعل غيره بأمره مجازا وههنا لم يوجد واحد منهما فلم يحنث :

(قوله حينا أو حقبا) الحقب بالضم ثمانون سنة . ويقال أكثر من ذلك . ويقال هو وقت من الزمان لاحد له وهو الذى يقتضيه الشرع ونعنى به أهل الفقه . والحين أيضا الوقت (قوله ماء حب) الحب الخابية فارسى معرب وهو السرداب (قوله بأمره مجازا) المجاز ضد الحقيقة مثل واسأل القرية ولهدمت صوامع وبيع وصلوات فالقرية لاتسأل فى الحقيقة والصلوات لاتهدم وإنما هو مجاز أراد أهل القرية ومواضع الصلوات : والكفارة أصلها التغطية كأنها تغطى الذنب وتستره

(فصل) وإن حلف ليأكلن هذا الرغيف غدا فأكله من الغد بر في يمينه لأنه فعل ما حلف على فعله وإن ترك أكله في الغد حتى انقضى حنث لأنه فوت المحلوف عليه باختياره وإن أكل نصفه في الغد حنث لأنه قدر على أكل الجميع ولم يفعل وإن أكله في يومه حنث لأنه فوت المحلوف عليه باختياره فحنث كما لو ترك أكله حتى انقضى الغد وإن تلف الرغيف في يومه أو في الغد قبل أن يتمكن من أكله ففيه قولان كالمكره وإن تلف من الغد بعد ما تمكن من أكله ففيه طريقان من أصحابنا من قال يحنث قولا واحدا لأنه فوته باختياره ومنهم من قال فيه قولان لأن جميع الغد وقت للأكل فلم يكن تفويته بفعله فإن حلف ليقضينه حقه عند رأس الشهر مع رأس الشهر فقضاه قبل رؤية الهلال حنث لأنه فوت القضاء باختياره وإن رأى الهلال ومضى زمان أمكنه فيه القضاء فلم يقضه حنث لأنه فوت القضاء باختياره وإن أخذ عند رؤية الهلال في كيله وتأخر الفراغ منه لكثرته لم يحنث لأنه لم يترك القضاء وإن أخر عن أول ليلة الشك ثم بان أنه كان من الشهر ففيه قولان كالناسي والجاهل وإن قال والله لأقضين حقه إلى شهر رمضان فلم يقضه حتى دخل الشهر حنث لأنه ترك ما حلف على فعله من غير ضرر وإن قال والله لأقضين حقه إلى أول الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال حكمها حكم ما لو قال والله لأقضين حقه إلى رمضان لأن لفظ إلى للحد والغاية وإن أخر القضاء حتى دخل الشهر حنث وقال أبو إسحق حكمها حكم ما لو قال والله لأقضين حقه عند رأس الشهر وهو ظاهر النص وإن قضاه قبل رؤية الهلال حنث وإن رأى الهلال ومضى وقت يمكن فيه القضاء ثم قضاه حنث لأن إلى قد تكون للغاية كقوله عز وجل ثم أتموا الصيام إلى الليل وقد تكون بمعنى مع كقوله تعالى من أنصاري إلى الله والمراد به مع الله وكقوله عز وجل وأيديكم إلى المرافق والمراد به مع المرافق فلما احتمل أن تكون للغاية واحتمل أن تكون للمقارنة لم يجز أن نحنثه بالشك ويخالف قوله والله لأقضين حقه إلى رمضان لأنه لا يحتمل أن تكون للمقارنة لأنه لا يمكن أن يقارن القضاء في جميع شهر رمضان فجعلناه للغاية.

(فصل) وإن كان له على رجل حق فقال له والله لا فارقتك حتى أستوفي حقي ففر منه الغريم لم يحنث الحالف وقال أبو علي بن أبي هريرة ففيه قولان كالقولين في المكره وهذا خطأ لأنه حلف على فعل نفسه ولم يوجد ذلك منه ولو قال والله لا فارقتني حتى أستوفي حقي منك ففارقه الغريم مختارا ذاكرا لليمين حنث الحالف وإن فارقه مكرها أو ناسيا ففيه طريقان من أصحابنا من قال هي على القولين في المكره والناسي ومنهم من قال يحنث الحالف قولا واحدا لأن الاختيار والقصد يعتبر في فعل الحالف لا في فعل غيره والصحيح هو الأول وأنه يعتبر في فعل من حلف على فعله وإن كانت اليمين على فعل الحالف اعتبر الاختيار والقصد في فعله وإن كانت على فعل غيره اعتبر الاختيار والقصد في فعله وإن فارقه الحالف لم يحنث لأن اليمين على فعل الغريم ولم يوجد منه فعل وإن حلف لا يفارقه غريمه حتى يستوفي حقه منه ثم أفلس وفارقه لما يعلم من وجوب إنظار المعسر حنث لأنه فعل المحلوف عليه مختارا ذاكرا لليمين فحنث وإن وجب الفعل بالشرع كما لو حلف لا رددت عليك المغصوب فرده حنث وإن وجب الرد بالشرع فإن ألزمه الحاكم مفارقته فعلى قولين:

(فصل) وإن حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه منه فأحاله على غيره أو أبرأه من الدين أو دفع إليه عوضا عن حقه حنث في اليمين لأنه لم يستوف حقه وإن كان حقه دنانير فدفع إليه شيئا على أنه دنانير فخرج نحاسا فعلى القولين في الجاهل وإن قال من عليه الحق والله لا فارقتك حتى أدفع إليك مالك وكان الحق عينا فوهبها منه فقبله حنث لأنه فوت الدفع بقبوله وإن كان دينا فأبرأه منه وقلنا إنه لا يحتاج الابراء إلى القبول على الصحيح من المذهب فعلى الطريقين فيمن حلف لا يدخل الدار فحمل إليها مكرها:

(باب كفارة اليمين)

إذا حلف بالله تعالى وحنث وجبت عليه الكفارة لما روى عبد الرحمن بن سمرة قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها وإن حلفت على

وقد ذكرت. والكفر بالفتح التغطية. وقد كفرت الشيء أكفره بالكسر كفرا سترته. ورماد مكفور إذا سفت عليه الريح التراب حتى غطته وأنشد الأصمعي: هل تعرف الدار بأعلى ذي القور قد درست غير رماد مكفور

(قوله وكلت إليها) يقال وكل إليه الأمر إذا جعله بيده وعجز عنه ومنه الحديث «اللهم لا تكلنا إلى أنفسنا فنعجز»

يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذى هو خير وكفر عن يمينك وإن حلف على فعل مرتين بأن قال والله لادخلت الدار والله لادخلت الدار نظرت فان نوى بالثانى التأكيد لم يلزمه إلا كفارة واحدة وان نوى الاستئناف ففيه قولان أحدهما يلزمه كفارتان لأنهما يمينان بالله عزوجل فتعلق بالحنث فيهما كفارتان كما لو كانت على فعلين والثانى تجب كفارة واحدة وهو الصحيح لأن الثانية لاتفيد إلا ما أفادت الأولى فلم يجب أكثر من كفارة كما لو قصد بها التأكيد وإن لم يكن له نية فان قلنا إنه إذا نوى الاستئناف لزمه كفارة واحدة فههنا أولى وإن قلنا هناك تجب كفارتان ففى هذا قولان بناء على القولين فيمن كرر لفظ الطلاق ولم ينو :

(فصل) والكفارة إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة وهو مخير بين الثلاثة والدليل عليه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فان لم يقدر على الثلاثة لزمه صيام ثلاثة أيام لقوله عزوجل فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فان كان يكفر بالمال فالمستحب أن لا يكفر قبل الحنث ليخرج من الخلاف فان أبا حنيفة لايجيز تقديم الكفارة على الحنث وإن أراد أن يكفر بالمال قبل الحنث نظرت فإن كان الحنث بغير معصية جاز تقديم الكفارة لأنه حق مال يتعلق بسببين يختصانه فإذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول وإن كان الحنث بمعصية ففيه وجهان أحدهما يجوز لما ذكرناه والثانى لايجوز لأنه يتوصل به إلى معصية واختلف أصحابنا فى كفارة الظهار قبل العود وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الموت فنهم من قال فيه وجهان كما قلنا فى اليمين على معصية ومنهم من قال يجوز لأنه ليس فيه توصل إلى معصية وإن كان يكفر بالصوم لم يجز قبل الحنث لأنها عبادة تتعلق بالبدن لاحاجة به إلى تقديمها فلم يجز تقديمها على الوجوب كصوم رمضان :

(فصل) وإن أراد أن يكفر بالعتق لم يجز إلا بما يجوز فى الظهار وقد بيناه وإن أراد أن يكفر بالإطعام أطعم كل مسكين مدا كما يطعم فى الظهار وقد بيناه .

(فصل) وإن أراد أن يكفر بالكسوة كسا كل مسكين ما يقع عليه اسم الكسوة من قميص أو سراويل أو إزار أو رداء أو مقنعة أو خمار لأن الشرع ورد به مطلقا ولم يقدر فحمل على مايسمى كسوة فى العرف وهل يجزىء فيه القلنسوة فيها وجهان أحدهما لايجزئه لأنه لايطلق عليه اسم الكسوة والثانى أنه يجزئه وهو قول أبى إسحق المروزى لما روى أن رجلا سأل عمران ابن الحصين عن قوله تعالى أو كسوتهم قال لو أن وفدا قدموا على أميركم هذا فكساهم قلنسوة قلنسوة قلتم قد كسوا ولا يجزئ الخف والنعل والمنطقة والتكة لأنه لا يقع عليه اسم الكسوة ويجزئ الكساء والطيلسان لأنه من الكسوات ويجوز ما اتخذ من القطن والكتان والشعر والصوف والخز وأما الحرير فإنه إن أعطاه للمرأة أجزأه وهل يجوز أن يعطى رجلا فيه وجهان أحدهما لايجزىء لأنه يحرم عليه لبسه والثانى يجزئه وهو الصحيح لأنه يجوز أن يعطى الرجال كسوة النساء والنساء كسوة الرجال ويجوز فيه الخام والمقصور والبياض والمصبوغ فأما الملبوس فإنه إن ذهبت قوته لم يجزه وإن لم تذهب قوته أجزأه كما تجزئه الرقبة إذا لم تبطل منفعتها ولا تجزئه إذا بطلت منفعتها :

(فصل) وإن أراد أن يكفر بالصيام ففيه قولان أحدهما لا يجوز إلا متتابعا لأنه كفارة جعل الصوم فيها بدلا عن العتق فشرط فى صومها التتابع ككفارة الظهار والقتل والثانى أنه يجوز متتابعا ومتفرقا لأنه صوم نزل به القرآن مطلقا فجاز

(قوله أوسط ماتطعمون أهليكم) الأوسط ههنا بين الأعلى والأدنى. وعن ابن عمر فى تفسيرها الخبز والسمن والخبز والزيت والخبز والتمر، ومن أفضل ماتطعمونهم الخبز واللحم (قوله المنطقة والتكة) المنطقة معرفة اسم والمنطق كلما شددت به وسطك : وفى المثل: من يطل هن أبيه ينتطق به أى من كثر بنو أبيه يتقوى بهم ومنه سميت أسماء ذات النطاقين . والتكة بالتشديد بدليل أن جمعها تكك وتخفيفها خطأ . والطيلسان بفتح اللام واحد الطيالسة وهو فارسى معرب ثوب يغطى به الرأس والبدن يلبس فوق الثياب وقد تكسر اللام منه.

متفرقا ومتتابعا كالصوم فى فدية الأذى .

(فصل) وإن كان الحالف عبدا فكفارته الصوم وإن كان الصوم يضر به لشدة الحر وطول النهار نظرت فإن حلف بإذن المولى وحنث بإذنه جاز له أن يصوم من غير إذنه لأنه لزمه بإذنه وإن حلف بغير إذنه وحنث بغير إذنه لم يجز أن يصوم إلا بإذنه لأنه لزمه بغير إذنه وإن حلف بغير إذنه وحنث بإذنه جاز أن يصوم بغير إذنه لأنه لزمه بإذنه وإن حلف بإذنه وحنث بغير إذنه ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز أن يصوم بغير إذنه لأنه وجد أحد السببين بإذنه فصار كما لو حلف بغير إذنه وحنث بإذنه والثانى لا يجوز أن يصوم بغير إذنه وهو الصحيح لأنه إذا لم يجز أن يصوم ولم يمنعه من الحنث باليمين فلأن لا يجوز وقد منعه من الحنث باليمين أولى فإن كان الصوم لا يضر به كالصوم فى الشتاء ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز أن يصوم بغير إذنه لأنه لا ضرر عليه والثانى أنه كصوم الذى يضر به على ما ذكرناه لأنه ينقص من نشاطه فى خدمته فإن صام فى المواضع التى منعناه من الصوم فيها أجزأه لأنه من أهل الصيام وإنما منع منه لحق المولى فإذا فعل بغير إذنه صح كصلاة الجمعة فإن كان نصفه حرا ونصفه عبدا وله مال لم يكفر بالعتق لأنه ليس من أهل الولاء ويلزمه أن يكفر بالطعام أو الكسوة ومن أصحابنا من قال فرضه الصوم وهو قول المزنى لأنه ناقص بالرق وهو كالعبد والمذهب الأول لأنه يملك المال بنصفه الحر ملكا تاما فأشبه الحر :

﴿ كتاب العدد ﴾

إذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول والخلوة لم تجب العدة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا انكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فالكم عليهن من عدة تعتدونها ولأن العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقنا براءة رحمها وإن طلقها بعد الدخول وجبت العدة لأنه لما أسقط العدة فى الآية قبل الدخول دل على وجوبها بعد الدخول ولأن بعد الدخول يشتغل الرحم بالماء فوجبت العدة لبراءة الرحم وإن طلقها بعد الخلوة وقبل الدخول ففيه قولان أحدهما لا تجب العدة لما ذكرناه من الآية والمعنى والثانى تجب لأن التمكين من استيفاء المنفعة جعل كالاستيفاء ولهذا تستقر به الأجرة فى الاجارة كما تستقر بالاستيفاء فجعل كالاستيفاء فى إيجاب العدة :

(فصل) وإن وجبت العدة على المطلقة لم تخل إما أن تكون حرة أو أمة فإن كانت حرة نظرت فإن كانت حاملا من الزوج اعتدت بالحمل لقوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ولأن براءة الرحم لا تحصل فى الحامل إلا بوضع الحمل فإن كان الحمل ولدا واحدا لم تنقض العدة حتى ينفصل جميعه وإن كان ولدين أو أكثر لم تنقض حتى ينفصل الجميع لأن الحمل هو الجميع ولأن براءة الرحم لا تحصل إلا بوضع الجميع وإن وضعت ما بان فيه خلق آدمى انقضت به العدة وإن وضعت مضغة لم يظهر فيها خلق آدمى وشهد أربع نسوة من أهل المعرفة أنه خلق آدمى ففيه طريقان من أصحابنا من قال تنقضى به العدة قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان وقد بيناه فى عتق أم الولد وأقل مدة الحمل ستة أشهر لما روى أنه أتى عثمان رضى الله عنه بامرأة ولدت لستة أشهر فشاور القوم فى رجمها فقال ابن عباس رضى الله عنه أنزل الله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وأنزل وفصاله فى عامين فالفصال فى عامين والحمل فى ستة أشهر وذكر القتيبى فى المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر وأكثره أربع سنين لما روى الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس حدثت جميلة بنت سعد عن عائشة رضى الله عنها لا تزيد المرأة على اثنتين فى الحمل قال مالك سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد وأقل ما تنقضى به عدة الحامل أن تضع بعد ثمانين يوما من بعد إمكان الوطء لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال إن أحدكم ليخلق فى بطن أمه نطفة أربعين يوما ثم يكون علقة أربعين يوما ثم يكون مضغة أربعين يوما ولا تنقضى العدة بما دون المضغة فوجب أن يكون بعد الثمانين :

(ومن كتاب العدد)

العدد جمع عدة . والعدة فعلة من العد والاحصاء أى تحصيه وتعده من الأيام والأقراء (قوله وإن وضعت مضغة) المضغة قطعة لحم : وقلب الإنسان مضغة من جسده من مضغ الطعام يمضغه ويمضغه إذا لاكه . والمضاغ بالفتح الممضغ (قوله وحمله وفصاله) الفصال الفطام وقطع الرضاع : فصلته إذا فطمته : وفصلت الرضيع من أمه فصالا وكذلك افتصلته :

(فصل) فإن كانت المعتدة غير حامل فإن كانت ممن تحيض اعتدت بثلاثة أقراء لقوله عز وجل والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والأقراء هي الأطهار والدليل عليه قوله تعالى «فطلقوهن لعدتهن» والمراد به في وقت عدتهن كما قال ونضع الموازين القسط ليوم القيامة والمراد به في يوم القيامة والطلاق المأمور به في الطهر فدل على أنه وقت العدة وإن كان الطلاق في وقت الحيض كان أول الأقراء الطهر الذي بعده فإن كان في حال الطهر نظرت فان بقيت في الطهر بعد الطلاق لحظة ثم حاضت احتسبت تلك اللحظة قرءا لأن الطلاق إنما جعل في الطهر ولم يجعل في الحيض حتى لا يؤدي إلى الإضرار بها في تطويل العدة فلو لم تحسب بقية الطهر قرءا كان الطلاق في الطهر أضر بها من الطلاق في الحيض لأنه أطول للعدة فان لم يبق بعد الطلاق جزء من الطهر بأن وافق آخر لفظ الطلاق آخر الطهر أو قال لها أنت طالق في آخر جزء من طهرك كان أول الأقراء الطهر الذي بعد الحيض وخرج أبو العباس وجها آخر أنه يجعل الزمان الذي صادفه الطلاق من الطهر قرءا وهذا لا يصح لأن العدد لا يكون إلا بعد وقوع الطلاق فلم يجز الاعتداد بما قبله وأما آخر العدة فقد روى المزني والربيع أنها إذا رأت الدم بعد الطهر الثالث انقضت العدة برؤية الدم وروى البويطي وحرملة أنها لا تنقضي حتى يمضي من الحيض يوم وليلة فمن أصحابنا من قال هما قولان أحدهما تنقضي العدة برؤية الدم لأن الظاهر أن ذلك حيض والثاني لا تنقضي حتى يمضي يوم وليلة لجواز أن يكون دم فساد فلا يحكم بانقضاء العدة ومنهم من قال هي على اختلاف حالين فالذي رواه المزني والربيع فيمن رأت الدم لعادتها فيعلم بالعادة أن ذلك حيض والذي رواه البويطي وحرملة فيمن رأت الدم لغير عادة لأنه لا يعلم أنه حيض قبل يوم وليلة وهل يكون ما رأته من الحيض من العدة فيه وجهان أحدهما أنه من العدة لأنه لابد من اعتباره فعلى هذا إذا راجعها فيه صحت الرجعة وإن تزوجت فيه لم يصح النكاح والثاني ليس من العدة لأنا لو جعلناه من العدة لزادت العدة على ثلاثة أقراء فعلى هذا إذا راجعها لم تصح الرجعة فإن تزوجت فيه صح النكاح.

(فصل) وأقل ما يمكن أن تعتد فيه الحرة بالأقراء اثنان وثلاثون يوما وساعة وذلك بأن يطلقها في الطهر ويبقى من الطهر بعد الطلاق ساعة فتكون تلك الساعة قرءا ثم تحيض يوما ثم تطهر خمسة عشر يوما وهو القرء الثاني ثم تحيض يوما ثم تطهر خمسة عشر يوما وهو القرء الثالث فإذا طعنت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها.

(فصل) وإن كانت من ذوات الأقراء فارتفع حيضها فإن كان لعارض معروف كالمرض والرضاع تربصت إلى أن يعود الدم فتعتد بالأقراء لأن ارتفاع الدم بسبب يزول فانتظر زواله فإن ارتفع بغير سبب معروف ففيه قولان قال في القديم تمكث إلى أن تعلم براءة رحمها ثم تعتد عدة الآيسة لأن العدة تراد لبراءة الرحم وقال في الجديد تمكث إلى أن تيأس من الحيض ثم تعتد عدة الآيسة لأن الاعتداد بالشهور جعل بعد الاياس فلم يجز قبله فإن قلنا بالقول القديم ففي القدر الذي تمكث فيه قولان أحدهما تسعة أشهر لأنه غالب عادة الحمل ويعلم به براءة الرحم في الظاهر والثاني تمكث أربع سنين لأنه لو جاز الاقتصار على براءة الرحم في الظاهر لجاز الاقتصار على حيضة واحدة لأنه يعلم بها براءة الرحم في الظاهر فوجب أن يعتبر أكثر مدة الحمل ليعلم براءة الرحم بيقين فإذا علمت براءة الرحم بتسعة أشهر أو بأربع سنين اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر لما روى عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في المرأة إذا طلقت فارتفعت حيضتها أن عدتها تسعة أشهر لحملها وثلاثة أشهر لعدتها ولأن تربصها فيما تقدم ليس بعدة وإنما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الأقراء فإذا علمت اعتدت بعدة الآيسات فإن حاضت قبل العلم ببراءة رحمها أو قبل انقضاء العدة بالشهور لزمها الاعتداد بالأقراء لأنا تبينا أنها من ذوات الأقراء فإن اعتدت وتزوجت ثم حاضت

(قوله يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) يتربصن ينتظرن: والتربص الانتظار قال الله تعالى «فتربصوا فستعلمون»: واختلف أهل العلم في الأقراء فذهب قوم إلى أنها الأطهار وهو مذهب الشافعي رحمه الله وذهب قوم إلى أنها الحيض وأهل اللغة يقولون إن القرء يقع على الحيض وعلى الطهر جميعا وهو عندهم من الأضداد: وأصل القرء الجمع يقال قريت الماء في الحوض أي جمعته، فكأن الدم يجتمع في الرحم ثم يخرج: وقال بعضهم القارئ الوقت قال * إذا هبت لقارئها الرياح * أي لوقتها فلما كان الحيض يجيء لوقت والطهر لوقت سمي كل واحد منهما قرءا (قوله فإذا طعنت في الحيضة) أي دخلت يقال طعن في السن يطعن إذا كبر وطعن في الليل إذا سار فيه كله.

لم يؤثر ذلك فى العدة لأنها انقضت العدة وتعلق بها حق الزوج فلم يبطل فإن حاضت بعد العدة قبل النكاح ففيه وجهان أحدهما لا يلزمها الاعتداد بالأقراء لأنا حكمنا بانقضاء العدة فلم يبطل بما حدث بعده والثانى يلزمها لأنها صارت من ذوات الأقراء قبل تعلق حق الزوج بها فلزمها الاعتداد بالأقراء فإن قلنا بقوله الجديد إنها تقعد إلى الاياس ففى الإياس قولان أحدهما يعتبر إياس أقاربها لأنها أقرب إليهن والثانى يعتبر إياس نساء العالم وهو أن تبلغ اثنتين وستين سنة لأنه لا يتحقق الاياس فيما دونها فإذا تربصت قدر الاياس اعتدت بعد ذلك بالأشهر لأن ماقبلها لم يكن عدة وإنما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الأقراء :

(فصل) وإن كانت ممن لاتحيض ولايحيض مثلها كالصغيرة والكبيرة الآيسة اعتدت بثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن فإن كان الطلاق فى أول الهلال اعتدت بثلاثة أشهر بالأهلة لأن الأشهر فى الشرع بالأهلة والدليل عليه قوله عز وجل يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج وإن كان الطلاق فى أثناء الشهر اعتدت بقية الشهر ثم اعتدت بشهرين بالأهلة ثم تنظر عدد مااعتدت من الشهر الأول وتضيف إليه من الشهر الرابع مايتم به ثلاثون يوما وقال أبو محمد عبد الرحمن ابن بنت الشافعى رحمه الله إذا طلقت المرأة فى أثناء الشهر اعتدت بثلاثة أشهر بالعدد كاملة لأنها إذا فاتها الهلال فى الشهر الأول فاتها فى كل شهر فاعتبر العدد فى الجميع وهذا خطأ لأنه لم يتعذر اعتبار الهلال إلا فى الشهر الأول فلم يسقط اعتباره فيما سواه :

(فصل) وإن كانت ممن لاتحيض ولكنها فى سن تحيض فيه النساء اعتدت بالشهور لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بعادة النساء والدليل عليه أنها لو بلغت سنا لاتحيض فيه النساء وهى تحيض كانت عدتها بالأقراء اعتبارا بحالها فكذلك إذا لم تحض فى سن تحيض فيه النساء وجب أن تعتد بالأشهر اعتبارا بحالها وإن ولدت ولم تر حيضا قبله ولا نفاسا بعده ففى عدتها وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله أنها تعتد بالشهور للآية والثانى أنها لاتعتد بالشهور بل تكون كمن تباعد حيضها من ذوات الأقراء لأنه لايجوز أن تكون من ذوات الأحمال ولا تكون من ذوات الأقراء :

(فصل) وإذا شرعت الصغيرة فى العدة بالشهور ثم حاضت لزمها الانتقال إلى الأقراء لأن الشهور بدل عن الأقراء فلا يجوز الاعتداد بها مع وجود أصلها وهل يحسب مامضى من الأشهر قرءا فيه وجهان أحدهما يحتسب به وهو قول أبى العباس لأنه طهر بعده حيض فاعتدت به قرءا كما لو تقدمه حيض والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه لايحتسب به كما إذا اعتدت بقرءين ثم أيست لزمها الاستئناف ثلاثة أشهر ولم يحتسب مامضى من زمان الأقراء شهرا وإن انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت لم يلزمها الاستئناف للعدة بالأقراء لأن هذا معنى حدث بعد انقضاء العدة وإن شرعت فى العدة بالأقراء ثم ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم الأقراء إذا قلنا إن الحامل تحيض لأن الأقراء دليل على براءة الرحم من جهة الظاهر والحمل دليل على براءة الرحم من جهة القطع والظاهر إذا عارضه قطع سقطت دلالته كالقياس إذا عارضه نص وإن اعتدت بالأقراء ثم ظهر حمل من الزوج لزمها الاعتداد بالحمل ويخالف إذا اعتدت بالشهور ثم حاضت لأن مارأت من الحيض لم يكن موجودا فى حال العدة وإنما حدث بعدها والحمل من الزوج كان موجودا فى حال العدة بالأقراء فسقط معه حكم الأقراء :

(فصل) وإن كانت المطلقة أمة نظرت فإن كانت حاملا اعتدت بالحمل لما ذكرناه فى الحرة وإن كانت من ذوات الأقراء اعتدت بقرءين لما روى جابر عن عمر رضى الله عنه أنه جعل عدة الأمة حيضتين ولأن القياس اقتضى أن تكون قرءا ونصفا كما كان حدها على النصف إلا أن القرء لايتبعض فكمل فصارت قرءين ولهذا روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لو استطعت أن أجعل عدة الأمة حيضة ونصفا لفعلت وإن كانت من ذوات الشهور ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنها تعتد بشهرين لأن الشهور بدل من الأقراء فكانت بعددها كالشهور فى عدة الحرة والثانى أنها تعتد بثلاثة أشهر لأن براءة الرحم لاتحصل إلا بثلاثة أشهر

(قوله إذا شرعت الصغيرة فى العدة) يقال شرعت فى الأمر شروعا أى خضت . وشرعت الدواب فى الماء أى دخلت فيه ، وأصله الطريق إلى الماء وهى المشرعة ، وبه سمى الشرع والشارع أى الزقاق .

لأن الحمل يمكث أربعين يوما نطفة ثم أربعين يوما علقة ثم أربعين يوما مضغة ثم يتحرك ويعلو جوف المرأة فيظهر الحمل والثالث أنها تعتد بشهر ونصف لأن القياس يقتضى أن تكون على النصف من الحرة كما قلنا فى الحد ولأن القرء لا يتبعض فكمل والشهور تتبعض فتبعضت كما نقول فى المحرم إذا وجب عليه نصف مد فى جزاء الصيد وأراد أن يكفر بالصوم صام يوما لأنه لا يتبعض وإن أراد أن يكفر بالاطعام أخرج نصف مد :

(فصل) وإن أعتقت الأمة قبل الطلاق اعتدت بثلاثة أقراء لأنه وجبت عليها العدة وهى حرة وإن انقضت عدتها بقرءين ثم أعتقت لم يلزمها زيادة لأنها اعتدت على حسب حالها فلم يلزمها زيادة كما لو اعتدت من لم تحض بالشهور ثم حاضت أو اعتدت ذات الأقراء بالأقراء ثم صارت آيسة فان أعتقت فى أثناء العدة ففيه ثلاثة أقوال أحدها تتمم عدة أمة لأنه عدد محصور يختلف بالرق والحرية فاعتبر فيه حال الوجوب كالحد . والثانى أنها إن كانت رجعية أتمت عدة حرة وإن كانت بائنا أتمت عدة أمة كما نقول فيمن مات عنها زوجها أنها إن كانت رجعية انتقلت إلى عدة الوفاة وإن كانت بائنا لم تنتقل والثالث وهو الصحيح أنه يلزمها أن تتمم عدة حرة لأن الاعتبار فى العدة بالانتهاء ولهذا لو شرعت فى الاعتداد بالشهور ثم حاضت انتقلت إلى الأقراء

(فصل) وإن وطئت امرأة بشبهة وجبت عليها العدة لأن وطء الشبهة كالوطء فى النكاح فى النسب فكان كالوطء فى النكاح فى إيجاب العدة فان زنى بامرأة لم تجب عليها العدة لأن العدة لحفظ النسب والزانى لا يلحقه نسب :

(فصل) ومن مات عنها زوجها وجبت عليها العدة دخل بها أو لم يدخل لقوله عز وجل «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا» فان كانت حائلا وهى حرة اعتدت بأربعة أشهر وعشر للآية وإن كانت أمة اعتدت بشهرين وخمس ليال لأنا دللنا على أن عدتها بالأقراء على النصف إلا أنه لما لم يتبعض جعلناه قرءين والشهور تتبعض فوجب عليها نصف ما يجب على الحرة وإن كانت حاملا بولد يلحق بالزوج اعتدت بوضعه لما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحى وإن كانت حاملا بولد لا يلحق الزوج كامرأة الطفل لم تعتد بالحمل منه لأنه لا يمكن أن يكون منه فلم تعتد به منه كامرأة الكبير إذا طلقها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين العقد فان كان الحمل لاحقا برجل وطئها بشبهة اعتدت به منه وإذا وضعت اعتدت عن الطفل بالشهور لأنه لا يجوز أن تعتد عن شخصين فى وقت واحد وإن كان عن زنا احتسبت بما مضى من الشهور فى حال الحمل عن عدة وفاة الطفل لأن الحمل عن الزنا لا حكم له فلا يمنع من الاعتداد بالشهور وإن طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم مات عنها وهى فى العدة اعتدت بعدة الوفاة لأنه توفى عنها وهى زوجته :

(فصل) وإن طلق إحدى امرأتيه بعينها ثلاثا ومات قبل أن يبين نظرت فان لم يدخل بهما اعتدت كل واحدة منهما أربعة أشهر وعشرا لأن كل واحدة منهما يجوز أن تكون هى الزوجة فوجبت العدة عليهما ليسقط الفرض بيقين كمن نسى صلاة من صلاتين لا يعرف عينها وإن دخل بهما فان كانتا حاملتين اعتدتا بوضع الحمل لأن عدة الطلاق والوفاة فى الحمل واحدة وإن كانتا من ذوات الشهور اعتدتا بأربعة أشهر وعشر لأنها تجمع عدة الطلاق والوفاة وإن كانتا من ذوات الأقراء اعتدتا بأقصى الأجلين من أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة أقراء وابتداء الأشهر من موت الزوج وابتداء الأقراء من وقت الطلاق ليسقط الفرض بيقين وإن اختلفت صفتهما فى العدة كان حكم كل واحدة منهما على الانفراد كحكمها إذا اتفقت صفتهما وقد بيناه وإن طلق إحداهما لا بعينها ومات قبل أن يعين فالحكم فيه على ما ذكرناه إذا كانت المطلقة معينة ومات قبل أن يبين إلا فى شىء واحد وهو أنا متى أمرناها بالاعتداد بالشهور أو الأقراء فان ابتداء الأشهر من حين الموت فأما الأقراء فان قلنا على أحد

(قوله وإن وطئت امرأة بشبهة) فى مواضع من الكتاب الشبهة الالتباس والمشتبهات من الأمور المشكلات ، والمتشابهات المتماثلات والتشبيه التمثيل ، فيحتمل حينئذ أمرين : أحدهما أن تلتبس امرأة فيظنها زوجته أو أمته فيطؤها . والثانى أن تكون مثل زوجته فى الخلقة والصورة وهما متقاربان فى المعنى (قوله فان كانت حائلا) ضد الحامل مشتق من الحول الذى هو السنة : وقال أبو عبيد الحائل التى وطئت فلم تحمل ويقال حالت الناقة حيالا إذا لم تحمل (قوله بأقصى الأجلين) بأبعدهما والقصى البعيد

الوجهين أن ابتداء العدة من حين يلفظ بالطلاق كان ابتداء الأقراء من حين الطلاق وإن قلنا بالوجه الآخر أن ابتداء العدة من حين التعيين كان ابتداء الأقراء من حين الموت لأن بالموت وقع الإياس من بيانه وقبل الموت لم ييأس من بيانه.

(فصل) إذا فقدت المرأة زوجها وانقطع عنها خبره ففيه قولان أحدهما وهو قوله فى القديم أن لها أن تفسخ النكاح ثم تتزوج لما روى عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة أن رجلا استهوته الجن فغاب عن امرأته فأتت عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأمرها أن تمكث أربع سنين ثم أمرها أن تعتد ثم تتزوج ولأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالتعنين وتعذر النفقة بالإعسار فلأن يجوز ههنا وقد تعذر الجميع أولى والثانى وهو قوله فى الجديد وهو الصحيح أنه ليس لها الفسخ لأنه إذا لم يجز الحكم بموته فى قسمة ماله لم يجز الحكم بموته فى نكاح زوجته وقول عمر رضى الله عنه يعارضه قول على عليه السلام تصبر حتى يعلم موته ويخالف فرقة التعنين والإعسار بالنفقة لأن هناك ثبت سبب الفرقة بالتعنين وههنا لم يثبت سبب الفرقة وهو الموت فان قلنا بقوله القديم قعدت أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج لما رويناه عن عمر رضى الله عنه ولأن بمضى أربع سنين يتحقق براءة رحمها ثم تعتد لأن الظاهر أنه مات فوجب عليها عدة الوفاة قال أبو إسحاق يعتبر ابتداء المدة من حين أمرها الحاكم بالتربص ومن أصحابنا من قال يعتبر من حين انقطع خبره والأول أظهر لأن هذه المدة ثبتت بالاجتهاد فافتقرت إلى حكم الحاكم كمدة التعنين وهل يفتقر بعد انقضاء العدة إلى الحكم بالفرقة فيه وجهان أحدهما أنه لا يفتقر لأن الحكم بتقدير المدة حكم بالموت بعد انقضائها والثانى أنه يفتقر إلى الحكم لأنه فرقة مجتهد فيها فافتقرت إلى الحاكم كفرقة التعنين وهل تقع الفرقة ظاهرا وباطنا فيه وجهان أحدهما تقع ظاهرا وباطنا فإن قدم الزوج وقد تزوجت لم يجز أن ينتزعها من الزوج لأنه فسخ مختلف فيه فنفذ فيه الحكم ظاهرا وباطنا كفرقة التعنين والثانى ينفذ فى الظاهر دون الباطن لأن عمر رضى الله عنه جعل للمفقود لما رجع أن يأخذ زوجته وإن قلنا بالقول الجديد أنها باقية على نكاح الزوج فان تزوجت بعد مدة التربص وانقضاء العدة فالنكاح باطل فان قضى لها حاكم بالفرقة فهل يجوز نقضه على قوله الجديد فيه وجهان أحدهما لا يجوز لأنه حكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد والثانى أنه يجوز لأنه حكم مخالف لقياس جلى وهو أنه لا يجوز أن يكون حيا فى ماله ميتا فى نكاح زوجته.

(فصل) وإن رجع المفقود فان قلنا بقوله الجديد سلمت الزوجة إليه وإن قلنا بقوله القديم وقلنا إن حكم الحاكم لا ينفذ فى الباطن سلمت إليه وإن قلنا إنه ينفذ ظاهرا وباطنا لم تسلم إليه وإن فرق الحاكم بينهما وتزوجت ثم بان أن المفقود كان قد مات وقت الحكم بالفرقة فان قلنا بقوله القديم صح النكاح سواء قلنا إن الحكم ينفذ فى الظاهر دون الباطن أو قلنا إنه ينفذ فى الباطن دون الظاهر لأن الحكم أباح لها النكاح وقد بان أن الباطن كالظاهر وإن قلنا بقوله الجديد ففى صحة النكاح الثانى وجهان بناء على القولين فيمن وصى بمكاتبه ثم تبين أن الكتابة كانت فاسدة.

(باب مقام المعتدة والمكان الذى تعتد فيه)

إذا طلقت المرأة فان كان الطلاق رجعيا كان سكناها حيث يختار الزوج من المواضع التى تصلح لسكنى مثلها لأنها تجب لحق الزوجية وإن كان الطلاق بائنا نظرت فإن كان فى بيت يملك الزوج سكناه بملك أو إجارة أو إعارة فان كان الموضع يصلح لسكنى مثلها لزمها أن تعتد فيه لقوله عز وجل «أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم» فأوجب أن تسكن فى الموضع الذى كان يسكن الزوج فيه فإن كان الموضع يضيق عليهما انتقل الزوج وترك السكنى لها لأن سكناها تختص بالموضع الذى طلقها فيه وإن اتسع الموضع لهما وأرادا أن يسكن معها نظرت فان كان فى الدار موضع منفرد يصلح لسكنى مثلها كالحجرة أو علو الدار أو سفلها وبينهما باب مغلق فسكنت فيه وسكن الزوج فى الثانى جاز لأنهما كالدارين المتجاورتين فان لم يكن بينهما باب مغلق فان كان لها

(قوله استهوته الجن) قال ابن عرفة أى ذهبت به. وقال غيره استمالته أى أضلته الشياطين فهوى أى أسرع إلى ما دعته إليه. وقال الجوهرى استهوته الشياطين أى استهامته (قوله يسوغ فيه الاجتهاد) فى مواضع من الكتاب أى يحسن جوازه ويليق الحكم به. من ساغ الشراب يسوغ إذا سهل مدخله فى الحلق، قال الله تعالى «ولا يكاد يسيغه» وأساغ غصته بالماء إذا سهلها (قوله من وجدكم) أى من غناكم. والوجد والجدة فى المال الغنى والسعة والقدرة عليه ومنه قوله صلى الله عليه وسلم «لى الواجد يحل عقوبته وعرضه»

موضع تستتر فيه ومعها محرم لها تتحفظ به كره لأنه لايؤمن النظر ولا يحرم لأن مع المحرم يؤمن الفساد فان لم يكن محرم لم يجز لقوله عليه الصلاة والسلام «لايخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم فان ثالثهما الشيطان» :

(فصل) وإن أراد الزوج بيع الدار التي تعتد فيها نظرت فان كانت مدة العدة غير معلومة كالعدة بالحمل أو بالأقراء فالبيع باطل لأن المنافع في مدة العدة مستثناة فيصير كما لو باع الدار واستثنى منفعة مجهولة فان كانت مدة العدة معلومة كالعدة بالشهور ففيه طريقان أحدهما أنها على قولين كبيع الدار المستأجرة والثاني أنه يبطل قولا واحدا والفرق بينهما أن منفعة الدار تنتقل إلى المستأجر ولهذا إذا مات انتقل إلى وارثه فلا يكون في معنى من باع الدار واستثنى بعض المنفعة والمرأة لاتنتقل المنفعة إليها في مدة العدة ولهذا إذا ماتت رجعت منافع الدار إلى الزوج فيكون في معنى من باع الدار واستثنى منفعتها لنفسه :

(فصل) وإن حجر على الزوج بعد الطلاق لديون عليه لم يبع المسكن حتى تنقضي العدة لأن حقها يختص بالعين فقدمت كما يقدم المرتهن على سائر الغرماء وإن حجر عليه ثم طلق ضاربت المرأة الغرماء بحقها إن بيعت الدار استؤجر لها بحقها مسكن تسكن فيه لأن حقها وإن ثبت بعد حقوق الغرماء إلا أنه يستند إلى سبب متقدم وهو الوطء في النكاح فان كانت لها عادة فيما تنقضي به عدتها ضاربت بالسكنى في تلك المدة فان انقضت العدة فيما دون ذلك ردت الفاضل على الغرماء فان زادت مدة العدة على العادة ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنها ترجع على الغرماء بما بقي لها كما ردت الفاضل إذا انقضت عدتها فيما دون العادة والثاني لاترجع عليهم لأن الذي استحقت الضرب به قدر عادتها والثالث إن كانت عدتها بالأقراء لم ترجع لأن ذلك لايعلم إلا من جهتها وهي متهمة وإن كانت بوضع الحمل أقامت البينة على وضع الحمل ورجعت عليهم لأنه لايلحقها فيه تهمة فان لم يكن لها عادة فيما تنقضي به عدتها ضربت معهم بأجرة أقل مدة تنقضي بها العدة لأنه يقين فلا يجب ما زاد بالشك فان زادت العدة على أقل ما تنقضي به العدة كان الحكم في الرجوع بالزيادة على ما ذكرناه إذا زادت على العادة :

(فصل) وإن طلقت وهي في مسكن لها لزمها أن تعتد به لأنه مسكن وجبت فيه العدة ولها أن تطالب الزوج بأجرة المسكن لأن سكناها عليه في العدة .

(فصل) وإن مات الزوج وهي في العدة قدمت على الورثة في السكنى لأنها استحقتها في حال الحياة فلم تسقط بالموت كما لو أجر داره ثم مات فان أراد الورثة قسمة الدار لم يكن لهم ذلك لأن فيها إضرارا بها في التضييق عليها وإن أرادوا التمييز بأن يعلموا عليها بخطوط من غير نقض ولا بناء فان قلنا إن القسمة تمييز الحقين جاز لأنه لاضرر عليها وإن قلنا إنها بيع فعلى ما بيناه .

(فصل) وإن توفي عنها زوجها وقلنا إنها تستحق السكنى فان كانت في مسكن الزوج لزمها أن تعتد فيه لما روت فريعة بنت مالك أن زوجها قتل فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم امكثي حتى يبلغ الكتاب أجله وإن لم تسكن في مسكن الزوج وجب من تركته أجرة مسكنها مقدمة على الميراث والوصية لأنه دين مستحق فقدم وإن زاحمها الغرماء ضاربتهم بقدر حقها فان لم يكن له مسكن فعلى السلطان سكناها لما في عدتها من حق الله تعالى وإن قلنا لاتجب لها السكنى اعتدت حيث شاءت فان تطوع الورثة بالسكنى من مالهم وجب عليها الاعتداد فيه :

(فصل) وإن أمر الزوج امرأته بالانتقال إلى دار أخرى فخرجت بنية الانتقال ثم مات أو طلقها وهي بين الدارين ففيه وجهان أحدهما أنها تخير بين الدارين في الاعتداد لأن الأولى خرجت عن أن تكون مسكنا لها بالخروج منها والثانية لم تصر مسكنا لها والثاني وهو الصحيح أنه يلزمها الاعتداد في الثانية لأنها مأمورة بالمقام فيها ممنوعة من الأولى :

(فصل) وإن أذن لها في السفر فخرجت من البيت بنية السفر ثم وجبت العدة قبل أن تفارق البنيان ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري أن لها أن تعود ولها أن تمضي في سفرها لأن العدة وجبت بعد الانتقال من موضع العدة فصار كما لو فارقت البنيان والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه يلزمها أن تعود وتعتد لأنه لم يثبت لها حكم السفر فان وجبت العدة وقد فارقت البنيان فان كان في سفر نقلة ففيه وجهان كما قلنا فيمن طلقت وهي بين الدار التي كانت فيها وبين الدار التي أمرت بالانتقال إليها فان كانت في سفر حاجة فلها أن تمضي في سفرها ولها أن تعود لأن في قطعها عن السفر مشقة وإن وجبت العدة

وقد وصلت إلى المقصد فإن كان للبقاء لزمها أن تقيم وتعتد لأنه صار كالوطن الذي وجبت فيه العدة فإن كان لقضاء حاجة فلها أن تقيم إلى أن تنقضي الحاجة فإن كان لزيارة أو نزهة فلها أن تقيم مقام مسافر وهو ثلاثة أيام لأن ذلك ليس بإقامة فإن قدر لها إقامة مدة من شهر أو شهرين ففيه قولان أحدهما أن لها أن تقيم المدة وهو اختيار المزني لأنه مأذون فيه والثاني أنها لا تقيم أكثر من إقامة المسافر وهو ثلاثة أيام لأنه لم يأذن في المقام على الدوام فلم تزد على ثلاثة أيام فإن انقضى ما جعل لها من المقام نظرت فإن علمت أنها إذا عادت إلى البلد أمكن أن تقضي شيئا من عدتها ولم يمنعها خوف الطريق لزمها العود لتقضي العدة في مكانها وإن علمت أنها إذا عادت لم يبق منها شيء ففيه وجهان أحدهما لا يلزمها لأنها لا تقدر على العدة في مكانها والثاني يلزمها لتكون أقرب إلى الموضع الذي وجبت فيه العدة :

(فصل) إذا أحرمت بالحج ثم وجبت عليها العدة فإن لم يخش فوات الحج إذا قعدت للعدة لزمها أن تقعد للعدة ثم تحج لأنه يمكن الجمع بين الحقين فلم يجز إسقاط أحدهما بالآخر فإن خشيت فوات الحج وجب عليها المضي في الحج لأنهما استويا في الوجوب وتضيق الوقت والحج أسبق فقدم وإن وجبت العدة ثم أحرمت بالحج لزمها القعود للعدة لأنه لا يمكن الجمع بينهما والعدة أسبق فقدمت :

(فصل) ولا يجوز للمبتوتة ولا للمتوفى عنها زوجها الخروج من موضع العدة من غير عذر لقوله تعالى «لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة» وروت زينب بنت كعب بن عجرة عن فريعة بنت مالك قالت قلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم إني في دار وحشة أفأنتقل إلى دار أهلي فأعتد عندهم فقال اعتدي في البيت الذي أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشرا :

(فصل) وإن بذت على أهل زوجها نقلت عنهم لقوله تعالى «ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة» قال ابن عباس رضي الله عنه الفاحشة المبينة أن تبذو على أهل زوجها فإذا بذت على الأهل حل إخراجها وأما إذا بذا عليها أهل زوجها نقلوا عنها ولم تنتقل لأن الإضرار منهم دونها وإن خافت في الموضع ضررا من هدم أو غيره انتقلت لأنها إذا انتقلت للبذاء على أهل زوجها فلأن تنتقل من خوف الهدم أولى ولأن القعود للعدة لدفع الضرر عن الزوج في حفظ نسب ولده والضرر لا يزال بالضرر فإن كانت العدة في موضع بالإعارة فرجع المعير أو بالإجارة فانقضت المدة وامتنع المؤجر من الإجارة أو طلب أكثر من أجرة المثل انتقلت إلى موضع آخر لأنه حال عذر ولا تنتقل في هذه المواضع إلا إلى أقرب موضع من الموضع الذي وجبت فيه العدة لأنه أقرب إلى موضع الوجوب كما قلنا فيمن وجبت عليه الزكاة في موضع لا يجد فيه أهل السهمان أنه ينقل الزكاة إلى أقرب موضع منه وإن وجب عليها حق لا يمكن الاستيفاء إلا بها كاليمين في دعوى أو حد فإن كانت ذات خدر بعث إليها السلطان من يستوفي الحق منها وإن كانت برزة جاز إحضارها لأنه موضع حاجة فإذا قضت ما عليها رجعت إلى مكانها وإن احتاجت إلى الخروج لحاجة كشراء القطن وبيع الغزل لم يجز أن تخرج لذلك بالليل لما روى مجاهد قال استشهد رجال يوم أحد فتأيم نساؤهم فجئن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلن يا رسول الله إنا نستوحش بالليل ونبيت عند إحدانا حتى إذا أصبحنا بادرنا إلى بيوتنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تحدثن عند إحداكن ما بدا لكن حتى إذا أردتم النوم فلتؤب كل امرأة إلى بيتها ولأن الليل مظنة للفساد فلا يجوز لها الخروج من غير ضرورة وإن أرادت الخروج لذلك بالنهار نظرت فإن كانت في عدة الوفاة جاز لحديث مجاهد وإن كانت في عدة المبتوتة ففيه قولان قال في القديم لا يجوز لقوله تعالى «ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة» وقال في الجديد

(قوله في دار وحشة) بإسكان الحاء وإضافة الدار إليها وأصله المكان القفر من الأنيس يقال بلد وحش بالتسكين أي قفر وأوحش المنزل صار كذلك (قوله إن بذت على أهل زوجها) البذاء بالمد الفحش وفلان بذي اللسان والمرأة بذية تقول منه بذيت وبذوت وبذا الرجل يبذو (قوله فإن كانت ذات خدر) الخدر الستر وجارية مخدرة إذا لزمت الخدر وأسد خادر وخدره الأجمة وهي الغيضة وضدها البرزة وهي غير المستترة بل ظاهرة وقد ذكر (قوله فتأيم نساؤهم) أي صرن أيامى جمع أيم وهي التي لا زوج لها والرجل أيضا أيم أي لا زوجة له (قوله ما بدا لكن) أي ما تبين وظهر لكن من شهوة الحديث (قوله فلتؤب) أي فلترجع يقال آب إلى وطنه أي رجع إليه ومنه قوله تعالى «إن للمتقين مآبا» أي مرجعا وفي بعض النسخ فلتأت من الاتيان (قوله مظنة للفساد) مظنة الشيء موضعه

يجوز وهو الصحيح لما روى جابر رضى الله عنه قال طلقت خالتى ثلاثا فخرجت تجد نخلا لها فلقيها رجل فنهاها فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال لها اخرجى فجدى نخلك لعلك أن تصدقى منه أو تفعلى خيرا ولأنها بائن فجاز لها أن تخرج بالنهار لقضاء الحاجة كالمتوفى عنها زوجها :

(باب الإحداد)

الاحداد ترك الزينة ومايدعو إلى المباشرة ويجب ذلك فى عدة الوفاة لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال المتوفى عنها زوجها لاتلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل ولا يجب ذلك على المعتدة الرجعية لأنها باقية على الزوجية ولا يجب على أم الولد إذا توفى عنها مولاها ولا على الموطوءة بشبهة لما روت أم حبيبة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » واختلف قوله فى المعتدة المبتوتة فقال فى القديم يجب عليها الاحداد لأنها معتدة بائن فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها وقال فى الجديد لايجب عليها الاحداد لأنها معتدة من طلاق فلم يلزمها الاحداد كالرجعية :

(فصل) ومن لزمها الاحداد حرم عليها أن تكتحل بالاثمد والصبر وقال أبو الحسن الماسرجسى إن كانت سوداء لم يحرم عليها والمذهب أنه يحرم لما ذكرناه من حديث أم سلمة ولأنه يحسن الوجه ويجوز أن تكتحل بالأبيض كالتوتيا لأنه لايحسن بل يزيد العين مرها فإن احتاجت إلى الاكتحال بالصبر والإثمد اكتحلت بالليل وغسلته بالنهار لما روت أم سلمة قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على عينى صبرا فقال ماهذا ياأم سلمة قلت إنما هو صبر ليس فيه طيب فقال إنه يشب الوجه لاتجعليه إلا بالليل وتنزعيه بالنهار :

(فصل) ويحرم عليها أن تختضب لحديث أم سلمة ولأنه يدعو إلى المباشرة ويحرم عليها أن تحمر وجهها بالدمام وهو الكلكون وأن تبيضه باسفيذاج العرائس لأن ذلك أبلغ فى الزينة من الخضاب فهو بالتحريم أولى ويحرم عليها ترجيل الشعر لأنه يحسنها ويدعو إلى مباشرتها .

(فصل) ويحرم عليها أن تطيب لما روت أم عطية أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «لاتحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فإنها تحد أربعة أشهر وعشرا لاتكتحل ولاتلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب ولاتمس طيبا إلا عند طهرها من محيضها

ومألفه الذى يظن كونه فيه والجمع المظان وروى مطية بالطاء المهملة والياء أى مركب الفساد لخفاء مايعمل فيه . وسميت مطية لأنها يركب مطاها أى ظهرها (قوله تجد نخلا لها) أى تقطعه والجداد فى النخل كالحصاد فى الزرع .

(ومن باب الإحداد)

أصل الحد المنع ومنه قيل للبواب حداد . وأحدت وحدت إذا امتنعت من الزينة والخضاب يقال حدت تحد وتحد حدادا فهى حاد (قوله ولا الممشق) هو المصبوغ بالمشق وهو المغرة الطين الأحمر . والتوتيا دواء يجعل فى العين (قوله يزيد العين مرها) يقال مرهت العين مرها إذا فسدت لترك الكحل وهى عين مرهاء وامرأة مرهاء والرجل أمره قال رؤبة :

لله در الغانيات المره سبحن واسترجعن من تألهى

(قوله يشب الوجه) أى يحسنه ويظهر لونه من شب النار إذا ألهبها وأوقدها ويقال شعرها يشب لونها أى يظهره ويحسنه ويقال للجميل إنه لمشبوب قال ذو الرمة :

إذا الأروع المشبوب أضحى كأنه على الرحل مما مسه السير أحمق

(قوله بالدمام وهو الكلكون) وروى بضم الكاف وسكون اللام قال الجوهرى الدمام بالكسر دواء يطلى به جبهة الصبى وظاهر عينيه وكل شئ طلى به فهو دمام وقد دممت الشىء أدمه بالضم أى طليته بأى صبغ كان والمدموم الأحمر قال الشاعر :

تجلو بقادمتى حمامة أيكة بردا تعل لثاته بدمام

والكلكون فارسى والاسفيذاج صبغ أبيض (قوله إلا ثوب عصب) العصب ضرب من برود اليمن وأصل العصب الشد واللى وهذه البرود يعصب بعضها وتشد ثم لاينال الصبغ ثم يصبغ سائرها فإذا صبغ حلوا العصب منها فيبقى موضعه أبيض وسائر الثوب

نبذة من قسط أو أظفار ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة ولا تأكل شيئا فيه طيب ظاهر ولا تستعمل الأدهان المطيبة كالبان ودهن الورد ودهن البنفسج لأنه طيب ولا تستعمل الزيت والشيرج فى الرأس لأنه يرجل الشعر ويجوز لها أن تغسل رأسها بالسدر لما روت أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها امتشطى فقلت بأى شىء أمتشط يا رسول الله قال بالسدر تغلفين به رأسك ولأن ذلك تنظيف لا تزيين فلم يمنع منه ويجوز أن تقلم الأظفار وتحلق العانة لأنه يراد للتنظيف لا للزينة :

(فصل) ويحرم عليها لبس الحلى لحديث أم سلمة ولأنه يزيد فى حسنها ولهذا قال الشاعر :

وما الحلى إلا زينة لنقيصة يتمم من حسن إذا الحسن قصرا

فأما إذا كان الجمال موفرا كحسنك لم يحتج إلى أن يزورا

(فصل) ويحرم عليها لبس ما صبغ من الثياب للزينة كالأحمر والأصفر والأزرق الصافى والأخضر الصافى لحديث أم عطية ولا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب وأما ما صبغ غزله ثم نسج فقد قال أبو إسحاق إنه لا يحرم لحديث أم عطية ولا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب والعصب ما صبغ غزله ثم نسج والمذهب أنه يحرم لأن الشافعي رحمه الله نص على تحريم الوشى والديباج وهذا كله صبغ غزله ثم نسج ولأن ما صبغ غزله ثم نسج أرفع وأحسن مما صبغ بعد النسج وأما ما صبغ لغير الزينة كالثوب المصبوغ بالسواد للمصيبة وما صبغ للوسخ كالأزرق المشبع والأخضر المشبع فإنه لا يحرم لأنه لا زينة فيه ولا يحرم ما عمل من غزله من غير صبغ كالمعمول من القطن والكتان والابريسم والصوف والوبر لأنها وإن كانت حسنة إلا أن حسنها من أصل الخلقة لا لزينة أدخلت عليها وإن عمل على البياض طرز فإن كانت كبارا حرم عليها لبسه لأنه زينة ظاهرة أدخلت عليه وإن كانت صغارا ففيه وجهان أحدهما يحرم كما يحرم قليل الحلى وكثيره والثانى لا يحرم لقلتها وخفائها :

(باب اجتماع العدتين)

إذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول وتزوجت فى عدتها بآخر ووطئها جاهلا بتحريمها وجب عليها إتمام عدة الأول واستئناف عدة الثانى ولا تدخل عدة أحدهما فى عدة الآخر لما روى سعيد بن المسيب وسليمان بن بشار أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى عدتها فضربها عمر رضى الله عنه وضرب زوجها بمخفقة ضربات ثم قال أيما امرأة نكحت فى عدتها فإن كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطبا من

مصبوغا يصنع ذلك الغزل الذى يسدى به دون اللحمة . وقال فى الشامل العصب هو الغزل والعصاب هو الغزال الذى يبيع الغزل (قوله نبذة من قسط أو أظفار) النبذة فعلة من نبذ أى طرح ورمى وكل شىء رميت به وطرحته نبذته والقسط طيب معروف يؤتى به من أرض الحبشة ويقال كسط بالكاف أيضا مثل قوله كشطت وقشطت ويقال كست بالتاء أيضا . والأظفار تؤخذ من البحر تشبه بظفر الانسان (قوله تغلفين به رأسك) أى تطلين وتمشطين يقال تغلف بالغالية وغلف بها لحيته غلفا (قوله ويحرم عليها لبس الحلى) الحلى بفتح الحاء وإسكان اللام اسم لكل ما يتزين به من الذهب والفضة والجواهر وجمعه حلى بضم الحاء وكسرها (قوله لنقيصة) فعيلة من النقص وهو ضد التمام والنقيصة أيضا العيب وقصر أى لم يتم يقال قصر فى الأمر إذا توانى والتقصير التوانى وترك المبالغة (قوله موفرا) أى كاملا تاما غير ناقص من الوفر وهو المال الكثير (قوله لم يحتج إلى أن يزورا) زورت الشىء إذا حسنته وقومته ومنه قول الحجاج امرؤ زور نفسه أى قومها وقول عمر رضى الله عنه يوم السقيفة وكنت زورت فى نفسى كلاما أى حسنته وقومته (قوله الوشى والديباج) نوع من ثياب الحرير غليظ معروف (قوله الابريسم والصوف والوبر) الابريسم الحرير وفيه ثلاث لغات قال ابن السكيت هو الابريسم بكسر الهمزة والراء وفتح السين واللغة الثانية بكسر الهمزة وفتح الراء والسين جميعا والثالثة بكسر الجميع وكذا الاهليلج مثله . والصوف شعر الضأن . والوبر شعر الابل (قوله فضربها بمخفقة) هى الدرة التى يضرب بها وكل ضرب بشىء عريض خفق وقد ذكرنا القافة وأصلها قوفة جمع قائف مثل كافر وكفرة فلما تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفا ومثله الصاغة والحاكة .

الخطاب وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من الآخر ولم ينكحها أبداً ولأنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين فإن كانت حائلا انقطعت عدة الأول بوطء الثاني إلى أن يفرق بينهما لأنها صارت فراشا للثاني فإذا فرق بينهما أتمت ما بقي من عدة الأول ثم استأنفت العدة من الثاني لأنهما عدتان من جنس واحد فقدمت السابقة منهما وإن كانت حاملا نظرت فإن كان الحمل من الأول انقطعت عدتها منه بوضعه ثم استأنفت العدة من الثاني بالأقراء بعد الطهر من النفاس وإن كان الحمل من الثاني انقضت عدتها منه بوضعه ثم أتمت عدة الأول وتقدم عدة الثاني ههنا على عدة الأول لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من الثاني وتعتد به من الأول وإن أمكن أن يكون من كل واحد منهما عرض على القافة فإن ألحقته بالأول انقضت به عدته وإن ألحقته بالثاني انقضت به عدته وإن ألحقته بهما أو نفته عنهما أو لم تعلم أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد الوضع بثلاثة أقراء لأنه إن كان من الأول لزمها للثاني ثلاثة أقراء وإن كان من الثاني لزمها إكمال العدة من الأول فوجب أن تعتد بثلاثة أقراء ليسقط الفرض بيقين وإن لم يمكن أن يكون من واحد منهما ففيه وجهان أحدهما لا تعتد به عن أحدهما لأنه غير لاحق بواحد منهما فعلى هذا إذا وضعت أكملت عدة الأول ثم تعتد من الثاني بثلاثة أقراء والثاني تعتد به عن أحدهما لا بعينه لأنه يمكن أن يكون من أحدهما ولهذا لو أقر به لحقه فانقضت به العدة كالمنفي باللعان فعلى هذا يلزمها أن تعتد بثلاثة أقراء بعد الطهر من النفاس.

(فصل) إذا تزوج رجل امرأة في عدة غيره ووطئها ففيه قولان قال في القديم تحرم عليه على التأبيد لما رويناه عن عمر رضي الله عنه أنه قال ثم لا ينكحها أبدا وقال في الجديد لا تحرم عليه على التأبيد وإذا انقضت عدتها من الأول جاز له أن يتزوجها لأنه وطء شبهة فلا يوجب تحريم الموطوءة على الواطىء على التأبيد كالوطء في النكاح بلا ولي وما روي عن عمر رضي الله عنه فقد روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب فخطب عمر رضي الله عنه قال ردوا الجهالات إلى السنة فرجع إلى قول علي كرم الله وجهه.

(فصل) إذا طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم وطئها في العدة وجبت عليها عدة بالوطء لأنه وطء في نكاح قد تشعث فهو كوطء الشبهة فإن كانت من ذوات الأقراء أو من ذوات الشهور لزمها أن تستأنف العدة وتدخل فيها البقية من عدة الطلاق لأنهما من واحد وله أن يراجعها في البقية لأنها من عدة الطلاق فإذا مضت البقية لم يجز أن يراجعها لأنها في عدة وطء شبهة وإن حملت من الوطء صارت في عدة الوطء حتى تضع وهل تدخل فيها بقية عدة الطلاق فيه وجهان أحدهما تدخل لأنهما لواحد فدخلت إحداهما في الأخرى كما لو كانتا بالأقراء والثاني لا يدخل لأنهما جنسان لم تدخل إحداهما في الأخرى فإن قلنا يتداخلان كانت في العدتين إلى أن تضع لأن الحمل لا يتبعض وله أن يراجعها إلى أن تضع لأنها في عدة الطلاق وإن قلنا لا يتداخلان فإن لم تر دما على الحمل أو رأت وقلنا إنه ليس بحيض فهي معتدة بالحمل عن وطء الشبهة إلى أن تضع فإذا وضعت أتمت عدة الطلاق وله أن يراجعها في هذه البقية لأنها في عدة الطلاق وهل له أن يراجعها قبل الوضع فيه وجهان أحدهما ليس له أن يراجعها لأنها في عدة وطء الشبهة والثاني له أن يراجعها لأنها لم تكمل عدة الطلاق فإذا رأت الدم على الحمل وقلنا إنه حيض كانت عدتها من الوطء بالحمل وعدتها من الطلاق بالأقراء التي على الحمل لأن عليها عدتين إحداهما بالأقراء والأخرى بالحمل فجاز أن يجتمعا فإذا مضت ثلاثة أقراء قبل وضع الحمل فقد انقضت عدة الطلاق وإن وضعت قبل انقضاء الأقراء فقد انقضت عدة الوطء وعليها تمام عدة الطلاق فإذا راجعها في بقية عدة الطلاق صحت الرجعة وإن راجعها قبل الوضع ففي صحة الرجعة وجهان على ما ذكرناه فأما إذا كانت قد حبلت من الوطء قبل الطلاق كانت عدة الطلاق بالحمل وعدة الوطء بالأقراء فإن قلنا إن عدة الأقراء تدخل في عدة الحمل كانت عدتها من الطلاق والوطء بالحمل فإذا وضعت انقضت العدتان جميعا وإن قلنا لا تدخل عدة الأقراء في الحمل فإن كانت لا ترى الدم على الحمل أو تراه وقلنا إنه ليس بحيض فإن عدتها من الطلاق تنقضي بوضع الحمل وعليها استئناف عدة الوطء بالأقراء وإن كانت ترى الدم وقلنا انه حيض فإن سبق الوضع انقضت العدة الأولى وعليها إتمام العدة الثانية فإن سبق انقضاء الأقراء انقضت عدة الوطء ولا تنقضي العدة الأولى إلا بالوضع.

(قوله في نكاح قد تشعث) قد ذكر: والشعث انتشار الأمر يقال لم الله شعثك أي جمع أمرك المنتشر

(فصل) إذا خالع امرأته بعد الدخول فله أن يتزوجها فى العدة وقال المزنى لا يجوز كما لا يجوز لغيره وهذا خطأ لأن نكاح غيره يؤدى إلى اختلاط الأنساب ولا يوجد ذلك فى نكاحه وإن تزوجها انقطعت العدة وقال أبو العباس لا تنقطع قبل أن يطأها كما لا تنقطع إذا تزوجها أجنبى قبل أن يطأها وهذا خطأ لأن المرأة تصير فراشا بالعقد ولا يجوز أن تبقى مع الفراش عدة ولأنه لا يجوز أن تكون زوجته وتعتد منه ويخالف الأجنبى فان نكاحه فى العدة فاسد فلم تصر فراشا إلا بالوطء فان وطئها ثم طلقها لزمها عدة مستأنفة وتدخل فيها بقية الأولى وإن طلقها قبل أن يطأها لم يلزمها استئناف عدة لأنها طلقة فى نكاح قبل المسيس فلم تلزمها عدة كما لو تزوج امرأة وطلقها قبل الدخول وعليها أن تتمم ما بقى عليها من العدة الأولى لأنا لو أسقطنا البقية أدى ذلك إلى اختلاط المياه وفساد الأنساب لأنه يتزوج امرأة ويطأها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر فيطؤها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر ويفعل مثل ذلك إلى أن يجتمع على وطئها فى يوم واحد عشرون وتختلط المياه وتفسد الأنساب :

(فصل) إذا طلق امرأته بعد الدخول طلقة ثم راجعها نظرت فان وطئها بعد الرجعة ثم طلقها لزمها أن تستأنف العدة وتدخل فيها بقية العدة الأولى فان راجعها ثم طلقها قبل أن يطأها ففيه قولان أحدهما ترجع إلى العدة الأولى وتبنى عليها كما لو خالعها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل أن يطأها والثانى أنها تستأنف العدة وهو اختيار المزنى وهو الصحيح لأنه طلاق فى نكاح وطىء فيه فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق ولا رجعة وتخالف المختلعة لأن هناك عادت إليه بنكاح جديد ثم طلقها من غير وطء وههنا عادت إلى النكاح الذى طلقها فيه فاذا طلقها استأنفت العدة كما لو ارتدت بعد الدخول ثم أسلمت ثم طلقها وإن طلقها ثم مضى عليها قرء أو قرءان ثم طلقها من غير رجعة ففيه طريقان قال أبو سعيد الإصطخرى وأبو على بن خيران رحمهما الله هى كالمسئلة قبلها فتكون على قولين وللشافعى رحمه الله ما يدل عليه فانه قال فى تلك المسئلة ويلزم أن نقول ارتجع أو لم يرتجع سواء والدليل عليه أن الطلاق معنى لو طرأ على الزوجية أوجب عدة فاذا طرأ على الرجعية أوجب عدة كالوفاة فى إيجاب عدة الوفاة وقال أبو إسحاق تبنى على عدتها قولا واحدا لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة فصار كما لو طلقها طلقتين فى وقت واحد .

(فصل) وإن تزوج عبد أمة ودخل بها ثم طلقها طلاقا رجعيا ثم أعتقت الأمة وفسخت النكاح ففيه طريقان أحدهما أنها على قولين أحدهما تستأنف العدة من حين الفسخ والثانى لا تستأنف والطريق الثانى أنها تستأنف العدة من الفسخ قولا واحدا لأن إحدى العدتين من طلاق والأخرى من فسخ فلا تبنى إحداهما على الأخرى :

(فصل) وإذا خلا الرجل بامرأته ثم اختلفا فى الإصابة فادعاه أحدهما وأنكر الآخر ففيه قولان قال فى الجديد القول قول المنكر لأن الأصل عدم الإصابة وقال فى القديم القول قول المدعى لأن الخلوة تدل على الاصابة :

(فصل) وإن اختلفا فى انقضاء العدة بالأقراء فادعت المرأة انقضاءها فى زمان يمكن فيه انقضاء العدة وأنكر الزوج فالقول قولها وإن اختلفا فى وضع ما تنقضى به العدة فادعت المرأة أنها وضعت ما تنقضى به العدة وأنكر الزوج فالقول قولها لقوله عز وجل «ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن» فحرج النساء على كتمان ما فى الأرحام كما حرج الشهود على كتمان الشهادة فقال ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه ثم يجب قبول شهادة قول الشهود فوجب قبول قول النساء ولأن ذلك لا يعلم إلا من جهتها فوجب قبول قولها فيه كما يجب على التابعى قبول ما يخبره به الصحابى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يكن له سبيل إلى معرفته إلا من جهته وإن ادعت المرأة انقضاء العدة بالشهور وأنكر الزوج فالقول قوله لأن ذلك اختلاف فى وقت الطلاق فكان القول فيه قوله :

(فصل) وإن طلقها فقالت المرأة طلقنى وقد بقى من الطهر ما يعتد به قرءا وقال الزوج طلقتك ولم يبق شىء من الطهر فالقول قول المرأة لأن ذلك اختلاف فى وقت الحيض وقد بينا أن القول فى الحيض قولها :

(فصل) وإن طلقها وولدت واتفقا على وقت الولادة واختلفا فى وقت الطلاق فقال الزوج طلقتك بعد الولادة فلى الرجعة

(قوله فحرج النساء) أى تواعدهن بالحرج وهو الإثم يقال حرج، وأحرجه أى أثمه : وتحرج أى تأثم . والحرج والتحرج التضييق أيضا :

وقالت المرأة طلقتني قبل الولادة فلا رجعة لك فالقول قول الزوج لأنهما لو اختلفا فى أصل الطلاق كان القول قوله فكذلك إذا اختلفا فى وقته ولأن هذا اختلاف فى قوله وهو أعلم به فرجع إليه وإن اتفقا فى وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة فقال الزوج ولدت قبل الطلاق فلى الرجعة وقالت المرأة بل ولدت بعد الطلاق فلا رجعة لك فالقول قولها لأنهما لو اختلفا فى أصل الولادة كان القول قولها فكذلك إذا اختلفا فى وقتها وإن جهلا وقت الطلاق ووقت الولادة وتداعيا السبق فقال الرجل تأخر الطلاق وقالت المرأة تأخرت الولادة فالقول قول الزوج لأن الأصل وجوب العدة وبقاء الرجعة فإن جهلا وقتهما أو جهل السابق منهما لم يحكم بينهما لأنهما لا يدعيان حقا وإن ادعت المرأة السبق وقال الزوج لا أعرف السابق قال له الحاكم ليس هذا بجواب فإما أن تجيب جوابا صحيحا أو نجعلك ناكلا فإن استفتى أفتيناه بما ذكرناه فى المسألة قبلها وأن للزوج الرجعة لأن الأصل وجوب العدة وبقاء الرجعة والورع أن لا يراجعها :

(فصل) فان أذن لها فى الخروج إلى بلد آخر ثم طلقها واختلفا فقالت المرأة نقلتني إلى البلد الآخر ففيه أعتد وقال الزوج بل أذنت لك فى الخروج لحاجة فعليك أن ترجعي فالقول قول الزوج لأنه أعلم بقصده وإن مات واختلفت الزوجة والوارث فالقول قولها لأنهما استويا فى الجهل بقصد الزوج ومع الزوجة ظاهر فان الأمر بالخروج يقتضي خروجا من غير عود :

(باب استبراء الأمة وأم الولد)

من ملك أمة ببيع أو هبة أو إرث أو سبي أو غيرها من الأسباب لزمه أن يستبرئها لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عام أوطاس أن لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض حيضة فان كانت حاملا استبرأها بوضع الحمل لحديث أبي سعيد الخدري وإن كانت حائلا نظرت فان كانت ممن تحيض استبرأها بقرء وفى القرء قولان أحدهما أنه طهر لأنه استبراء فكان القرء فيه الطهر كالعدة والثاني أن القرء حيض وهو الصحيح لحديث أبي سعيد ولأن براءة الرحم لا تحصل إلا بالحيض فان قلنا إن القرء هو الطهر فان كانت عند وجوب الاستبراء طاهرا كانت بقية الطهر قرءا فان طعنت فى الحيض لم تحل حتى تحيض حيضة كاملة ليعلم براءة رحمها فإذا طعنت فى الطهر الثاني حلت وإن كانت حائضا لم تشرع فى القرء حتى تطهر فإذا طعنت فى الحيض الثاني حلت وإن قلنا إن القرء هو الحيض فان كانت حال وجوب الاستبراء طاهرا لم تشرع فى القرء حتى تحيض فإذا طعنت فى الطهر الثاني حلت وإن كانت حائضا لم تشرع فى القرء إلا فى الحيضة الثانية لأن بقية الحيض لا تعد قرءا فإذا طعنت فى الطهر الثاني حلت وإن وجب الاستبراء وهي ممن تحيض فارتفعت حيضتها كان حكمها فى الانتظار حكم المطلقة إذا ارتفع حيضها وإن وجب الاستبراء وهي ممن لا تحيض لصغر أو كبر ففيه قولان أحدهما تستبرأ بشهر لأن كل شهر فى مقابلة قرء والثاني تستبرأ بثلاثة أشهر وهو الصحيح لأن ما دونها لم يجعل دليلا على براءة الرحم :

(فصل) وإن ملكها وهي مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو ذات زوج لم يصح استبراؤها فى هذه الأحوال لأن الاستبراء يراد للاستباحة ولا توجد الاستباحة فى هذه الأحوال وإن اشتراها فوضعت فى مدة الخيار أو حاضت فى مدة الخيار فان قلنا إنها لا تملك قبل انقضاء الخيار لم يعتد بذلك عن الاستبراء لأنه استبراء قبل الملك وإن قلنا إنها تملك ففيه وجهان أحدهما لا يعتد به لأن الملك غير تام لأنه معرض للفسخ والثاني يعتد به لأنه استبراء بعد الملك وجواز الفسخ لا يمنع الاستبراء كما لو استبرأها وبها عيب لم يعلم به وإن ملكها بالبيع أو الوصية فوضعت أو حاضت قبل القبض ففيه وجهان أحدهما لا يعتد به لأن الملك غير تام والثاني يعتد به لأنه استبراء بعد الملك وللشافعي رحمه الله ما يدل على كل واحد من الوجهين وإن ملكها بالإرث صح الاستبراء وإن لم تقبض لأن الموروث قبل القبض كالمقبوض فى تمام الملك وجواز التصرف :

(فصل) وإن ملك أمة وهي زوجته لم يجب الاستبراء لأن الاستبراء لبراءة الرحم من ماء غيره والمستحب أن يستبرئها لأن الولد من النكاح مملوك ومن ملك اليمين حر فاستحب أن يميز بينهما :

(ومن باب استبراء الأمة وأم الولد)

هو طلب براءة الرحم من الولد أي خلوه عنه وعدمه يقال فلان بريء من الدين إذا خلا عنه . وقال فى الفائق بريء من المرض وبرأ فهو بارئ ، ومعناه المزايلة والتباعد عنه : قال ومنه بريء من كذا براءة

(فصل) وإن كانت أمته ثم رجعت إليه بالفسخ أو باعها ثم رجعت إليه بالإقالة لزمه أن يستبرئها لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالعقد وعاد بالفسخ فصار كما لو باعها ثم استبرأها فإن رهنها ثم فكها لم يجب الاستبراء لأن بالرهن لم يزل ملكه عن استمتاعها لأن له أن يقبلها وينظر إليها بالشهوة وإنما منع من وطئها لحق المرتهن وقد زال حقه بالفكاك فحلت له وإن ارتد المولى ثم أسلم أو ارتدت الأمة ثم أسلمت وجب استبراؤها لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالردة وعاد بالإسلام وإن زوجها ثم طلقت فإن كان قبل الدخول لم تحل له حتى يستبرئها لأنه زال ملكه عن استمتاعها وعاد بالطلاق وإن كان بعد الدخول وانقضاء العدة ففيه وجهان أحدهما لا تحل له حتى يستبرئها لأنه تجدد له الملك على استمتاعها فوجب استبراؤها كما لو باعها ثم اشتراها والثاني تحل له وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأن الاستبراء يراد لبراءة الرحم وقد حصل ذلك بالعدة.

(فصل) ومن وجب استبراؤها حرم وطؤها وهل يحرم التلذذ بها بالنظر والقبلة ينظر فيه فإن ملكها ممن لها حرمة لم يحل له لأنه لا يؤمن أن تكون أم ولد لمن ملكها من جهته وإن ملكها ممن لا حرمة له كالمسبية ففيه وجهان أحدهما لا تحل له لأن من حرم وطؤها بحكم الاستبراء حرم التلذذ بها كما لو ملكها ممن له حرمة والثاني أنها تحل لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال خرجت في سهمي يوم حولاء جارية كأن عنقها إبريق فضة فما ملكت نفسي أن قمت إليها فقبلتها والناس ينظرون ولأن المسبية يملكها حاملا كانت أو حائلا فلا يكون التلذذ بها إلا في ملكه وإنما منع من وطئها حتى لا يختلط ماؤه بماء مشرك ولا يوجد هذا في التلذذ بالنظر والقبلة وإن وطئت زوجته بشبهة لم يحل له وطؤها قبل انقضاء العدة لأنه يؤدي إلى اختلاط المياه وإفساد النسب وهل له التلذذ بها في غير الوطء على ما ذكرناه من الوجهين في المسبية لأنها زوجته حاملا كانت أو حائلا.

(فصل) ومن ملك أمة جاز له بيعها قبل الاستبراء لأنا قد دللنا على أنه يجب على المشتري الاستبراء فلم يجب على البائع لأن براءة الرحم تحصل باستبراء المشتري وإن أراد تزويجها نظرت فإن لم يكن وطئها جاز تزويجها من غير استبراء لأنها لم تصر فراشا له وإن وطئها لم يجز تزويجها قبل الاستبراء لأنها صارت بالوطء فراشا له.

(فصل) وإن أعتق أم ولده في حياته أو عتقت بموته لزمها الاستبراء لأنها صارت بالوطء فراشا له وتستبرأ كما تستبرأ المسبية لأنه استبراء بحكم اليمين فصار كاستبراء المسبية وإن أعتقها أو مات عنها وهي مزوجة أو معتدة لم يلزمها الاستبراء لأنه زال فراشه قبل وجوب الاستبراء فلم يلزمها الاستبراء كما لو طلق امرأته قبل الدخول ثم مات ولأنها صارت فراشا لغيره فلا يلزمها لأجله استبراء وإن زوجها ثم مات ومات الزوج ولم يعلم السابق منهما لم يخل إما أن يكون بين موتهما شهران وخمسة أيام فما دون أو أكثر أو لا يعلم مقدار ما بينهما فإن كان بينهما شهران وخمسة أيام فما دون لم يلزمها الاستبراء عن المولى لأنه إن كان المولى مات أولا فقد مات وهي زوجة فلا يجب عليها الاستبراء وإن مات الزوج أولا فقد مات المولى بعده وهي معتدة من الزوج فلا يلزمها الاستبراء وعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر من بعد موت أحدهما لأنه يجوز أن يكون قد مات المولى أولا فعتقت ثم مات الزوج فيلزمها عدة حرة وإن كان بين موتهما أكثر من شهرين وخمس ليال لزمها أن تعتد من بعد آخرهما موتا بأكثر الأمرين من أربعة أشهر وعشر أو حيضة لأنه إن مات الزوج أولا فقد اعتدت عنه بشهرين وخمسة أيام وعادت فراشا للمولى فإذا مات لزمها أن تستبرئ بحيضة وإن مات المولى أولا لم يلزمها استبراء فإذا مات الزوج لزمتها عدة حرة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين وإن لم يعلم قدر ما بين المدتين من الزمان وجب أن تأخذ بأغلظ الحالين وهو أن يكون بينهما أكثر من شهرين وخمسة أيام فتعتد بأربعة أشهر وعشر أو حيضة ليسقط الفرض بيقين كما يلزم من نسي صلاة من صلاتين قضاء الصلاتين ليسقط الفرض بيقين ولا يوقف لها شيء من تركة الزوج لأن الأصل فيها الرق فلم تورث مع الشك.

(فصل) وإن كانت بين رجلين جارية فوطئاها ففيها وجهان أحدهما يجب استبراءان لأنه يجب لحقهما فلم يدخل أحدهما في الآخر كالعدتين والثاني يجب استبراء واحد لأن القصد من الاستبراء معرفة براءة الرحم ولهذا لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة وبراءة الرحم منهما تحصل باستبراء واحد.

(قوله يوم حاولاء) بفتح الحاء وفتح اللام والمد: وأما جاولاء بالجيم وضم اللام ففيه رواية وأنها قرية من قرى فارس

(فصل) إذا استبرأ أمته ثم ظهر بها حمل فقال البائع هو منى وصدقه المشترى لحقه الولد والجارية أم ولده والبيع باطل وإن كذبه المشترى نظرت فإن لم يكن أقر بالوطء حال البيع لم يقبل قوله لأن الملك انتقل إلى المشترى فى الظاهر فلم يقبل إقراره مما يبطل حقه كما لو باعه عبدا ثم أقر أنه كان غصبه أو أعتقه وهل يلحقه نسب الولد فيه قولان قال فى القديم والاملاء يلحقه لأنه يجوز أن يكون ابنا لواحد ومملوكا لغيره وقال فى البويطى لا يلحقه لأن فيه إضرارا بالمشترى لأنه قد يعتقه فيثبت له عليه الولاء وإذا كان ابنا لغيره لم يرثه فإن كان قد أقر بوطئها عند البيع فإن كان قد استبرأها ثم باعها نظرت فإن أتت بولد لدون ستة أشهر لحقه نسبه وكانت الجارية أم ولده وكان البيع باطلا وإن ولدته لستة أشهر فصاعدا لم يلحقه الولد لأنه لو استبرأها ثم أتت بولد وهى فى ملكه لم يلحقه فلأن لا يلحقه وهى فى ملك غيره أولى فإن لم يكن المشترى قد وطئها كانت الجارية والولد مملوكين له وإن كان قد وطئها فإن أتت بولد لدون ستة أشهر من حين الوطء فهو كما لو لم يطأها لأنه لا يجوز أن يكون منه وتكون الجارية والولد مملوكين له وإن أتت بولد لستة أشهر فصاعدا لحقه الولد وصارت الجارية أم ولد له لأن الظاهر أنه منه وإن لم يكن استبرأها البائع نظرت فإن ولدت لدون ستة أشهر من وقت البيع لحق البائع وكانت الجارية أم ولده وكان البيع باطلا وإن ولدته لستة أشهر نظرت فإن لم يكن قد وطئها المشترى فهو كالقسم قبله لأنها لم تصر فراشا له وإن وطئها فولدت لستة أشهر من وطئه عرض الولد على القافة فإن ألحقته بالبائع لحق به وإن ألحقته بالمشترى لحقه وقد بينا حكم الجميع .

﴿ كتاب الرَّضاع ﴾

إذا ثار للمرأة لبن على ولد فارتضع منها طفل له دون الحولين خمس رضعات متفرقات صار الطفل ولدا لها فى حكمين فى تحريم النكاح وفى جواز الخلوة وأولاده أولادها وصارت المرأة أما له وأمهاتها جداته وآباؤها أجداده وأولادها إخوته وأخواته وإخوتها وأخواتها أخواله وخالاته وإن كان الولد ثابت النسب من رجل صار الطفل ولدا له وأولاده أولاده وصار الرجل أبا له وآباؤه أجداده وأمهاته جداته وأولاده إخوته وإخوته وأخواته أعمامه وعماته والدليل عليه قوله تعالى «وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة» فنص على الأمهات والأخوات فدل على ما سواه وروى ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أريد على ابنة حمزة بن عبد المطلب فقال إنها ابنة أخى من الرضاعة وإنه يحرم من الرضاع مثل ما يحرم من النسب وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة وروت عائشة رضى الله عنها أن أفلح أخا أبى القعيس استأذن عليها فأبت أن تأذن له فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أفلا أذنت لعمك فقالت يا رسول الله إنما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل قال فأذنى له فإنه عمك وكان أبو القعيس زوج المرأة التى أرضعت عائشة رضى الله عنها ولأن اللبن حدث للولد والولد ولدهما فكان المرضع بالابن ولدهما .

(فصل) وتنتشر حرمة الرضاع من الولد إلى أولاده وأولاد أولاده ذكورا كانوا أو إناثا ولا تنتشر إلى أمهاته وآبائه وإخوته وأخواته ولا يحرم على المرضعة أن تتزوج بأبى الطفل ولا بأخيه ولا يحرم على زوج المرضعة الذى ثار اللبن على ولده أن يتزوج بأم الطفل ولا بأخته لقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وحرمة النسب فى الولد تنتشر إلى أولاده ولا تنتشر إلى أمهاته وآبائه ولا إلى إخوته وأخواته فكذلك الرضاع .

(فصل) ولا يثبت تحريم الرضاع فيما يرتضع بعد الحولين لقوله تعالى «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة» فجعل تمام الرضاع فى الحولين فدل على أنه لا حكم للرضاع بعد الحولين وروى يحيى بن سعيد أن رجلا قال لأبى موسى

(ومن كتاب الرضاع)

يقال الرضاع بكسر الراء وفتحها والرضاعة بالفتح لا غير وحكى الهروى الكسر فيها أيضا يقال رضع الصبى أمه رضاعا مثل سمع سماعا وأهل نجد يقولون رضع رضعا مثل ضرب ضربا (قوله أريد على ابنة حمزة) أى طلب وأصله من راد يرود إذا طلب المرعى : وفى المثل : الرائد لا يكذب أهله ، وفى الحديث «فليرتد لبوله» ومنه قوله تعالى «أنا راودته عن نفسه» .

الأشعري إني مصصت من ثدي امرأتي لبنا فذهب في بطني قال أبو موسى لا أراه إلا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما تفتي به الرجل فقال أبو موسى فما تقول أنت؟ فقال عبد الله لا رضاع إلا ما كان في الحولين قال أبو موسى لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم وعن ابن عباس رضي الله عنه قال «لا رضاع إلا ما كان في الحولين».

(فصل) ولا يثبت تحريم الرضاع بما دون خمس رضعات وقال أبو ثور يثبت بثلاث رضعات لما روت أم الفضل رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان فدل على أن الثلاث يحرمن والدليل على أنه لا يحرم ما دون خمس الرضعات ما روت عائشة رضي الله عنها قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخ بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ في القرآن وحديث أم الفضل يدل على أن الثلاث يحرمن من جهة دليل الخطاب والنص يقدم على دليل الخطاب وهو ما رويناه ولا يثبت إلا بخمس رضعات متفرقات لأن الشرع ورد بها مطلقا فحمل على العرف والعرف في الرضعات أن يرتضع ثم يقطعه باختياره من غير عارض ثم يعود إليه بعد زمان ثم يرتضع ثم يقطعه وعلى هذا إلى أن يستوفي العدد كما أن العادة في الأكلات أن تكون متفرقة في أوقات فأما إذا قطع الرضاع لضيق نفس أو لشيء يلهيه ثم رجع إليه أو انتقل من ثدي إلى ثدي كان الجميع رضعة كما أن الأكل إذا قطعه لضيق نفس أو شرب ماء أو الانتقال من لون إلى لون كان الجميع أكلة فإن قطعت المرضعة عليه ففيه وجهان أحدهما أن ذلك ليس برضعة لأنه قطع عليه بغير اختياره والثاني أنه رضعة لأن الرضاع يصح بكل واحد منهما ولهذا لو أوجرته وهو نائم ثبت التحريم كما يثبت إذا ارتضع منها وهي نائمة فإذا تمت الرضعة بقطعه وجب أن تتم بقطعها فإن أرضعته امرأة أربع رضعات ثم أرضعته امرأة أخرى أربع رضعات ثم عاد إلى الأولى فارتضع منها وقطع وعاد إلى الأخرى في الحال فارتضع منها ففيه وجهان أحدهما لا يتم عدد الخمس من واحدة منهما لأنه انتقل من إحداهما إلى الأخرى قبل تمام الرضعة فلم تكن كل واحدة منهما رضعة كما لو انتقل من ثدي إلى ثدي والثاني يتم العدد من كل واحدة منهما لأن الرضعة أن يرتضع القليل والكثير ثم يقطع ولا يعود إلا بعد زمان طويل وقد وجد ذلك:

(فصل) وإن شكت المرضعة هل أرضعته أم لا أو هل أرضعته خمس رضعات أو أربع رضعات لم يثبت التحريم كما لو شك الزوج هل طلق امرأته أم لا وهل طلق ثلاثا أو طلقتين:

(فصل) ويثبت التحريم بالوجور لأنه يصل اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من إنبات اللحم وانتشار العظم ما يحصل بالرضاع ويثبت بالسعوط لأنه سبيل لفطر الصائم فكان سبيلا لتحريم الرضاع كالفم وهل يثبت بالحقنة فيه قولان أحدهما يثبت لما ذكرناه في السعوط والثاني لا يثبت لأن الرضاع جعل لإنبات اللحم وانتشار العظم والحقنة جعلت للإسهال فإن ارتضع مرتين وأوجر مرة وأسعط مرة وحقن مرة وقلنا إن الحقنة تحرم يثبت التحريم لأنا جعلنا الجميع كالرضاع في التحريم وكذلك في إتمام العدد:

(قوله إني مصصت) بالكسر مصصت الشيء أمصه مصا وكذلك امتصصته والمصاصة الخلاصة من الشيء والماص يستخرج خلاصة اللبن (قوله ما دام هذا الحبر) الحبر العالم وفيه لغتان فتح الحاء وكسرها والكسر أفصح هكذا ذكره في ديوان الأدب والصحاح قال ومعناه العالم بتحبير الكلام والعلم وتحسينه (قوله بين أظهركم) يقال أقام فلان بين أظهر قومه وظهرانيهم أي أقام بينهم وإقحام الأظهر وهو جمع ظهر على معنى أن إقامته فيهم على سبيل الاستظهار بهم والاستناد إليهم وأما ظهرانيهم فقد زيدت فيه الألف والنون على ظهر عند التثنية للتأكيد كقولهم في الرجل العيون نفساني وهي نسبة إلى النفس بمعنى العين والصيدلاني والصيدناني منسوبان إلى الصيدل والصيدن وهما أصل الأشياء وجواهرها وألحقوا الألف والنون عند النسبة للمبالغة فكان بمعنى التثنية أي ظهر منه قدامه وآخر وراءه مكنوف من جانبيه هذا أصله ثم كثر حتى استعمل في الإقامة بين القوم مطلقا وإن لم يكن مكتنفا (قوله الإملاجة ولا الإملاجتان) الإملاج الإرضاع يقال ملج الصبي أمه إذا رضعها وامتاج الفصيل ما في الضرع امتصه: والملج المص يقال ملج يملج ورجل ملجان ومصان ومصان كل هذا من المص يعنون أنه يرضع الغنم للؤمه (قوله بالوجور) الوجور بالضم إدخال الدواء في وسط الفم يقال وجرت الصبي وأوجرته بمعنى والوجور بالفتح الدواء نفسه واللدود إدخال الدواء في شق الفم وجانبيه والسعوط إدخاله في الأنف والحقنة في الدبر.

(فصل) وإن حلبت لبنا كثيرا فى دفعة واحدة وسقته فى خمسة أوقات فالمنصوص أنه رضعة وقال الربيع فيه قول آخر أنه خمس رضعات فمن أصحابنا من قال هو من تخريج الربيع ومنهم من قال فيه قولان أحدهما أنه خمس رضعات لأنه يحصل به ما يحصل بخمس رضعات والثانى أنه رضعة وهو الصحيح لأن الوجور فرع للرضاع ثم العدد فى الرضاع لا يحصل إلا بما ينفصل خمس مرات فكذلك فى الوجور وإن حلبت خمس مرات وسقته دفعة واحدة ففيه طريقان من أصحابنا من قال هو على قولين كالمسألة قبلها ومنهم من قال هو رضعة قولا واحدا لأنه لم يشرب إلا مرة وفى المسألة قبلها شرب خمس مرات وإن حلبت خمس مرات وجعلتها فى إناء ثم فرقته وسقته خمس مرات ففيه طريقان من أصحابنا من قال يثبت التحريم قولا واحدا لأنه تفرق فى الحلب والسقى ومنهم من قال هو على قولين لأن التفريق الذى حصل من جهة المرضعة قد بطل حكمه بالجمع فى إناء .

(فصل) وإن جبن اللبن وأطعم الصبى حرم لأنه يحصل به ما يحصل باللبن من إنبات اللحم وانتشار العظم .

(فصل) فان خلط اللبن بمائع أو جامد وأطعم الصبى حرم وحكى عن المزنى أنه قال إن كان اللبن غالبا حرم وإن كان مغلوبا لم يحرم لأن مع غلبة المخالطة يزول الاسم والمعنى الذى يراد به وهذا خطأ لأن ما تعلق به التحريم إذا كان غالبا تعلق به إذا كان مغلوبا كالنجاسة فى الماء القليل .

(فصل) فان شرب لبن امرأة ميتة لم يحرم لأنه معنى يوجب تحريما مؤبدا فبطل بالموت كالوطء .

(فصل) ولا يثبت التحريم بلبن البهيمة فان شرب طفلان من لبن شاة لم يثبت بينهما حرمة الرضاع لأن التحريم بالشرع ولم يرد الشرع إلا فى لبن الآدمية والبهيمة دون الآدمية فى الحرمة ولبنها دون لبن الآدمية فى إصلاح البدن فلم يلحق به فى التحريم ولأن الأخوة فرع على الأمومة فاذا لم يثبت بهذا الرضاع أمومة فلأن لا يثبت به الأخوة أولى ولا يثبت التحريم بلبن الرجل وقال الكرابيسى يثبت كما ثبت بلبن المرأة وهذا خطأ لأن لبنه لم يجعل غذاء للمولود فلم يثبت به التحريم كلبن البهيمة وإن ثار للخنثى لبن فارتضع منه صبى فان علم أنه رجل لم يحرم وإن علم أنه امرأة حرم فان أشكل فقد قال أبو إسحق إن قال النساء إن هذا اللبن لا يكون على غزارته إلا لامرأة حكم بأنه امرأة وأن لبنه يحرم ومن أصحابنا من قال لا يجعل اللبن دليلا لأنه قد يثور اللبن للرجل بينه فعلى هذا يوقف أمر من يرضع بابنه كما يوقف أمره .

(فصل) فان ثار للبكر لبن أو لثيب لا زوج لها فأرضعت به طفلا ثبت بينهما حرمة الرضاع لأن لبن النساء غذاء للأطفال فان ثار لبن للمرأة على ولد من الزنا فأرضعت به طفلا ثبت بينهما حرمة الرضاع لأن الرضاع تابع للنسب ثم النسب يثبت ولا يثبت بينه وبين الزانى فكذلك حرمة الرضاع .

(فصل) إذا ثار لها لبن على ولد من زوج فطلقها وتزوجت بآخر فاللبن للأول إلى أن تحبل من الثانى وينتهى إلى حال ينزل اللبن على الحبل فان أرضعت طفلا كان ابنا للأول زاد اللبن أو لم يزد انقطع ثم عاد أو لم ينقطع لأنه لم يوجد سبب يوجب حدوث اللبن غير الأول فإن بلغ الحمل من الثانى إلى حال ينزل فيه اللبن نظرت فان لم يزد اللبن فهو للأول فان أرضعت به طفلا كان ولدا للأول لأنه لم يتغير اللبن فان زاد فارتضع به طفل ففيه قولان قال فى القديم هو ابنهما لأن الظاهر أن الزيادة لأجل الحبل والمرضع به ابنهما فكان ابنهما وقال فى الجديد هو ابن الأول لأن اللبن للأول يقين ويجوز أن تكون الزيادة لفضل الغذاء ويجوز أن تكون للحمل فلا يزال اليقين بالشك فان انقطع اللبن ثم عاد فى الوقت الذى ينزل اللبن على الحبل فأرضعت به طفلا ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه ابن الأول لأن اللبن خلق غذاء للولد دون الحمل والولد للأول فكان المرضع به ابنه والثانى أنه من الثانى لأن لبن الأول انقطع فالظاهر أنه حدث للحمل والحمل للثانى فكان المرضع باللبن ابنه والثالث أنه ابنهما لأن لكل واحد منهما أمارة تدل على أن اللبن له فجعل المرضع باللبن ابنهما فان وضعت الحمل وأرضعت طفلا كان ابنا للثانى فى الأحوال كلها زاد اللبن أو لم يزد اتصل أو انقطع ثم عاد لأن حاجة المولود إلى اللبن تمنع أن يكون اللبن لغيره .

(فصل) وإن وطىء رجلان امرأة وطئا يلحق به النسب فأتت بولد وأرضعت بلبنه طفلا كان الطفل ابنا لمن يلحقه نسب الولد

لأن اللبن تابع للولد فان مات الولد ولم يثبت نسبه بالقافة ولا بالانتساب إلى أحدهما فإن كان له ولد قام مقامه فى الانتساب فإذا انتسب إلى أحدهما صار المرضع ولد من انتسب إليه وإن لم يكن له ولد ففى المرضع بابنه قولان أحدهما أنه ابنهما لأن اللبن قد يكون من الوطء وقد يكون من الولد والقول الثانى أنه لايكون ابنهما لأن المرضع تابع للمناسب ولا يجوز أن يكون المناسب ابنا لاثنين فكذلك المرضع فعلى هذا هل يخير المرضع فى الانتساب إلى أحدهما فيه قولان أحدهما لا يخير لأنه لا يعرض على القافة فلا يخير بالانتساب والثانى يخير لأن الولد قد يأخذ الشبه بالرضاع فى الأخلاق ويميل طبعه إلى من ارتضع بلبنه ولهذا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أنا أفصح العرب ولا فخر بيد أنى من قريش ونشأت فى بنى سعد وارتضعت فى بنى زهرة ولهذا يقال يحسن خلق الولد إذا حسن خلق المرضعة ويسوء خلقه إذا ساء خلقها فإذا قلنا إنه يخير فانتسب إلى أحدهما كان ابنه من الرضاعة فإذا قلنا لا يخير فهل له أن يتزوج بنتيهما فيه ثلاثة أوجه أحدها وهو الأصح أنه لا يحل له نكاح بنت واحد منهما لأنا وإن جهلنا عين الأب منهما إلا أنا نتحقق أن بنت أحدهما أخته وبنت الآخر أجنبية فلم يجز له نكاح واحدة منهما كما لو اختلطت أخته بأجنبية والثانى أنه يجوز أن يتزوج بنت من شاء منهما فاذا تزوجها حرمت عليه الأخرى لأن الأصل فى بنت كل واحد منهما الإباحة وهو يشك فى تحريمها واليقين لا تزال بالشك فاذا تزوج إحداهما تعينت الأخوة فى الأخرى فحرم نكاحها على التأبيد كما لو اشتبه ماء طاهر وماء نجس فتوضأ بأحدهما بالاجتهاد فان النجاسة تتعين فى الآخر ولا يجوز أن يتوضأ به والثالث أنه يجوز أن يتزوج بنت كل واحد منهما ثم يطلقها ثم يتزوج الأخرى لأن الحظر لا يتعين فى واحدة منهما كما يجوز أن يصلى بالاجتهاد إلى جهة ثم يصلى بالاجتهاد إلى جهة أخرى ويحرم أن يجمع بينهما لأن الحظر يتعين فى الجميع فصار كرجلين رأيا طائرا فقال أحدهما إن كان هذا الطائر غرابا فعبدى حر وقال الآخر إن لم يكن غرابا فعبدى حر فطار ولم يعلم أنه غراب ولا غيره فإنه لا يعتق على واحد منهما لانفراده بملك مشكوك فيه وإن اجتمع العبدان لواحد عتق أحدهما لاجتماعهما فى ملكه :

(فصل) وإن أتت امرأته بولد ونفاه باللعان فأرضعت بلبنه طفلا كان الطفل ابنا للمرأة ولا يكون ابنا للزوج لأن الطفل تابع للولد والولد ثابت النسب من المرأة دون الزوج فكذلك الطفل فإن أقر بالولد صار الطفل ابنا له لأنه تابع للولد :

(فصل) وإن كان لرجل خمس أمهات أولاد فثار لهن منه لبن فارتضع صبى من كل واحدة منهن رضعة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس بن سريج وأبى القاسم الأنماطى وأبى بكر بن الحداد المصرى إنه لا يصير المولى أبا للصبى لأنه رضاع لم يثبت به الأمومة فلم تثبت به الأبوة والثانى وهو قول أبى إسحاق وأبى العباس بن القاص إنه يصير المولى أبا للصبى وهو الصحيح لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات فصار ابنا له وإن كان لرجل خمس أخوات فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة فهل يصير خالا له على الوجهين :

(فصل) وإن كان لرجل زوجة صغيرة فشربت من لبن أمه خمس رضعات انفسخ بينهما النكاح لأنها صارت أخته وإن كانت له زوجة كبيرة وزوجة صغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاحهما لأنه لا يجوز أن يكون عنده امرأة وابنتها فإن كان له زوجتان صغيرتان فجاءت امرأة فأرضعت إحداهما خمس رضعات ثم أرضعت الأخرى خمس رضعات ففيه قولان أحدهما ينفسخ نكاحهما وهو اختيار المزنى لأنهما صارتا أختين فانفسخ نكاحهما كما لو أرضعتهما فى وقت واحد والثانى أنه ينفسخ نكاح الثانية لأن سبب الفسخ حصل بالثانية فاختص نكاحها بالبطلان كما لو تزوج إحدى الأختين بعد الأخرى :

(فصل) ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع فالمنصوص أنه يلزمه نصف مهر المثل ونص فى الشاهدين بالطلاق إذا رجعا على قولين أحدهما يلزمهما مهر المثل والثانى لزمهما نصف مهر المثل واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو سعيد الإصطخرى جوابه من إحدى

(قوله بيد أنى من قريش) بيد تكون بمعنى غير يقال إنه لكثير المال بيد أنه بخيل ومعناها ههنا لأجل أنى من قريش وقال الهروى معناه غير أنى من قريش وقيل على أنى من قريش ونشأت فى بنى سعد. قال الجوهرى يقال نشأت فى بنى فلان نشأة

المسألتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما يجب مهر المثل لأنه أتلف البضع فوجب ضمان جميعه والثانى يجب نصف مهر المثل لأنه لم يغرم للصغيرة إلا نصف بدل البضع فلم يجب له أكثر من نصف بدله وقال أبو إسحاق يجب فى الرضاع نصف المهر وفى الشهادة يجب الجميع والفرق بينهما أن فى الرضاع وقعت الفرقة ظاهرا وباطنا وتلف البضع عليه وقد رجع إليه بدل النصف فوجب له بدل النصف وفى الشهادة لم يتلف البضع فى الحقيقة وإنما حيل بينه وبين مالكه فوجب ضمان جميعه والصحيح طريقة أبى إسحاق وعليها التفريع وإن كان لرجل زوجة صغيرة فجاء خمسة أنفس وأرضع كل واحد منهم الصغيرة من لبن أم الزوج أو أخته رضعة وجب على كل واحد منهم خمس نصف المهر لتساويهم فى الإتلاف وإن كانوا ثلاثة فأرضعها أحدهم رضعة وأرضعها كل واحد من الآخرين رضعتين ففيه وجهان أحدهما أنه يجب على كل واحد منهم ثلث النصف لأن كل واحد منهم وجد منه سبب الإتلاف فتساووا فى الضمان كما لو طرح رجل فى خل قدر دانق من نجاسة وآخر قدر درهم والثانى يقسط على عدد الرضعات فيجب على من أرضع رضعة الخمس من نصف المهر وعلى كل واحد من الآخرين الخمسان لأن الفسخ حصل بعدد الرضعات فيقسط الضمان عليه.

(فصل) إذا ارتضعت الصغيرة من أم زوجها خمس رضعات والأم نائمة سقط مهرها لأن الفرقة قد حصلت بفعلها فسقط مهرها ولا يرجع الزوج عليها بمهر مثلها ولا بنصفه لأن الإتلاف من جهة العاقد قبل التسليم لا يوجب غير المسمى فان ارتضعت من أم الزوج رضعتين والأم نائمة وأرضعتها الأم تمام الخمس والزوجة نائمة ففيه وجهان أحدهما أنه يسقط من نصف المسمى نصفه وهو الربع ويجب الربع والثانى يقسط على عدد الرضعات فيسقط من نصف المسمى خمسان ويجب ثلاثة أخماسه ووجههما ما ذكرناه فى المسألة قبلها وبالله التوفيق.

(كتاب النفقات)

(باب نفقة الزوجات)

إذا سلمت المرأة نفسها إلى زوجها وتمكن من الاستمتاع بها ونقلها إلى حيث يريد وهما من أهل الاستمتاع فى نكاح صحيح وجبت نفقتها لما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال اتقوا الله فى النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وإن امتنعت من تسليم نفسها أو مكنت من استمتاع دون استمتاع أو فى منزل دون منزل أو فى بلد دون بلد لم تجب النفقة لأنه لم يوجد التمكين التام فلم تجب النفقة كما لا يجب ثمن المبيع إذا امتنع البائع من تسليم المبيع أو سلم فى موضع دون موضع فإن عرضت عليه وبذلت له التمكين التام والنقل إلى حيث يريد وهو حاضر وجبت عليه النفقة لأنه وجد التمكين التام وإن عرضت عليه وهو غائب لم يجب حتى يقدم هو أو وكيله أو يمضى زمان لو أراد المسير لكان يقدر على أخذها لأنه لا يوجد التمكين التام إلا بذلك وإن لم تسلم إليه ولم تعرض عليه حتى مضى على ذلك زمان لم تجب النفقة لأن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق إلا من حين دخلت عليه ولم يلتزم نفقتها لما مضى ولأنه لم يوجد التمكين التام فيما مضى فلم يجب بدله كما لا يجب بدل ما تلف من المبيع فى يد البائع قبل التسليم

(فصل) وإن سلمت إلى الزوج أو عرضت عليه وهى صغيرة لا يجامع مثلها ففيه قولان أحدهما تجب النفقة لأنها سلمت من غير منع والثانى لا يجب وهو الصحيح لأنه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع وإن كانت كبيرة والزوج صغير ففيه قولان أحدهما لا تجب لأنه لم يوجد التمكين من الاستمتاع والثانى تجب وهو الصحيح لأن التمكين وجد من جهتها وإنما تعذر الاستيفاء من جهته فوجبت النفقة كما لو سلمت إلى الزوج وهو كبير فهرب منها وإن سلمت وهى مريضة أو رتقاء أو نحيفة لا يمكن وطؤها أو

ونشوءا إذا شببت فيهم (قوله قدر دانق) الدانق قيراطان يقال بفتح النون وكسرها.

(ومن كتاب النفقات)

الرتقاء التى انسد فرجها يقال امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع منها وضده الفتق قال الله تعالى «كانتا رتقا ففتقناهما وقد ذكرا» (قوله نحيفة) النحافة الهزال وقد نحف وأنحفه غيره

الزوج مريض أو مجبوب أو حسيم لا يقدر على الوطء وجبت النفقة لأنه وجد التمكين من الاستمتاع وما تعذر فهو بسبب لا تنسب فيه إلى التفريط ؛

(فصل) وإن سلمت إليه ومكن من الاستمتاع بها فى نكاح فاسد لم تجب النفقة لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح ولا يستحق ما فى مقابلته ؛

(فصل) وإن انتقلت المرأة من منزل الزوج إلى منزل آخر بغير إذنه أو سافرت بغير إذنه سقطت نفقتها حاضرا كان الزوج أو غائبا لأنها خرجت عن قبضته وطاعته فسقطت نفقتها كالناشزة وإن سافرت بإذنه فان كان معها وجبت النفقة لأنها ما خرجت عن قبضته ولا طاعته وإن لم يكن معها ففيه قولان ذكرناهما فى القسم .

(فصل) وإن أحرمت بالحج بغير إذنه سقطت نفقتها لأنه إن كان تطوعا فقد منعت حق الزوج وهو واجب بما ليس بواجب وإن كان واجبا فقد منعت حق الزوج وهو على الفور بما هو على التراخى وإن أحرمت بإذنه فان خرجت معه لم تسقط نفقتها لأنها لم تخرج عن طاعته وقبضته وإن خرجت وحدها فعلى القولين فى سفرها بإذنه ؛

(فصل) وإن منعت نفسها باعتكاف تطوع أو نذر فى الذمة سقطت نفقتها لما ذكرناه فى الحج وإن كان عن نذر معين أذن فيه الزوج لم تسقط نفقتها لأن الزوج أذن فيه وأسقط حقه فلا يسقط حقها وإن كان عن نذر لم يأذن فيه فان كان بعد عقد النكاح سقطت نفقتها لأنها منعت حق الزوج بعد وجوبه وإن كان بنذر قبل النكاح لم تسقط نفقتها لأن ما استحق قبل النكاح لا حق للزوج فى زمانه كما لو أجرت نفسها ثم تزوجت وإن اعتكفت بإذنه وهو معها لم تسقط نفقتها لأنها فى قبضته وطاعته وإن لم يكن معها فعلى القولين فى الحج .

(فصل) وإن منعت نفسها بالصوم فان كان بتطوع ففيه وجهان أحدهما لا تسقط نفقتها لأنها فى قبضته والثانى وهو الصحيح أنها تسقط لأنها منعت التمكين التام بما ليس بواجب فسقطت نفقتها كالناشزة وإن منعت نفسها بصوم رمضان أو بقضائه وقد ضاق وقته لم تسقط نفقتها لأن ما استحق بالشرع لا حق للزوج فى زمانه وإن منعت نفسها بصوم القضاء قبل أن يضيق وقته أو بصوم كفارة أو نذر فى الذمة سقطت نفقتها لأنها منعت حقه وهو على الفور بما هو ليس على الفور وإن كان بنذر معين فان كان النذر بإذن الزوج لم تسقط نفقتها لأنه لزمها برضاه وإن كان بغير إذنه فان كان بنذر بعد النكاح سقطت نفقتها وإن كان بنذر قبل النكاح لم تسقط لما ذكرناه فى الاعتكاف ؛

(فصل) وإن منعت نفسها بالصلاة فان كانت بالصلوات الخمس أو السنن الراتبة لم تسقط نفقتها لأن ما ترتب بالشرع لا حق للزوج فى زمانه وإن كان بقضاء فوائت إن قلنا إنها على الفور لم تسقط نفقتها وإن قلنا إنها على التراخى سقطت نفقتها لما قلنا فى قضاء رمضان وإن كانت بالصلوات المنذورة فعلى ما ذكرناه فى الاعتكاف والصوم .

فصل) وإن كان الزوجان كافرين وأسلمت المرأة بعد الدخول ولم يسلم الزوج لم تسقط نفقتها لأنه تعذر الاستمتاع بمعنى من جهته هو قادر على إزالته فلم تسقط نفقتها كالمسلم إذا غاب عن زوجته وقال أبو على بن خيران فيه قول آخر أنها تسقط لأنه امتنع الاستمتاع لمعنى من جهتها فسقطت نفقتها كما لو أحرمت المسلمة من غير إذن الزوج والصحيح هو الأول لأن الحج فرض موسع الوقت والإسلام فرض مضيق الوقت فلا تسقط النفقة كصوم رمضان وإن أسلم الزوج بعد الدخول وهى مجوسية أو وثنية وتخلفت فى الشرك سقطت نفقتها لأنها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة وإن أسلمت قبل انقضاء العدة فهل تستحق النفقة للمدة التى تخلفت فى الشرك فيه قولان أحدهما تستحق لأن بالإسلام زال ما تشعث من النكاح فصار كأن لم يكن والقول الثانى أنها لا تستحق لأنه تعذر التمكين من الاستمتاع فيما مضى فلم تستحق النفقة كالناشزة إذا رجعت إلى الطاعة وإن ارتد الزوج بعد الدخول لم تسقط نفقتها لأن امتناع الوطء بسبب من جهته وهو قادر على إزالته فلم تسقط النفقة وإن ارتدت المرأة سقطت نفقتها لأنها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة فان عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة

(قوله أو مجبوب أو حسيم) بالحاء أى محسوم الذكر أى لم يخلق له ذكر: وقيل هو مقطوعه . وقرئ بالجيم وفسر بكبير البطن وقيل عظيم الذكر جدا

فهل تجب نفقة ما مضى في الردة؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالكافرة إذا تخلفت في الشرك ثم أسلمت ومنهم من قال لا تجب قولا واحدا والفرق بينها وبين الكافرة أن الكافرة لم يحدث من جهتها منع بل أقامت على دينها والمرتدة أحدثت منعا بالردة فغلظ عليها وإن ارتدت الزوجة وعادت إلى الإسلام والزوج غائب استحقت النفقة من حين عادت إلى الإسلام وإن نشزت الزوجة وعادت إلى الطاعة والزوج غائب لم تستحق النفقة حتى يمضي زمان لو سافر فيه لقدر على استمتاعها والفرق بينهما أن المرتدة سقطت نفقتها بالردة وقد زالت بالإسلام والناشزة سقطت نفقتها بالمنع من التمكين وذلك لا يزول بالعود إلى الطاعة .

(فصل) وإن كانت الزوجة أمة فسلمها المولى بالليل والنهار وجبت لها النفقة لوجود التمكين التام وإن سلمها بالليل دون النهار ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنه يجب لها نصف النفقة اعتبارا بما سلمت والثاني وهو قول أبي إسحاق وظاهر المذهب أنه لا تجب لأنه لم يوجد التمكين التام فلم يجب لها شيء من النفقة كالحرة إذا سلمت نفسها بالليل دون النهار ، والله أعلم .

(باب قدر النفقة)

إذا كان الزوج موسرا وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه لزمه في كل يوم مدان وإن كان معسرا وهو الذي لا يقدر على النفقة بمال ولا كسب لزمه في كل يوم مد لقوله عز وجل «لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله» ففرق بين الموسر والمعسر وأوجب على كل واحد منهما على قدر حاله ولم يبين المقدار فوجب تقديره بالاجتهاد وأشبه ما تقاس عليه النفقة الطعام في الكفارة لأنه طعام يجب بالشرع لسد الجوعة وأكثر ما يجب في الكفارة للمسكين مدان في فدية الأذى وأقل ما يجب مد وهو في كفارة الجماع في رمضان فإن كان متوسطا لزمه مد ونصف لأنه لا يمكن إلحاقه بالموسر وهو دونه ولا بالمعسر وهو فوقه فجعل عليه مد ونصف وإن كان الزوج عبدا أو مكاتبا وجب عليه مد لأنه ليس بأحسن حالا من الحر المعسر فلا يجب عليه أكثر من مد وإن كان نصفه حرا ونصفه عبدا وجب عليه نفقة المعسر وقال المزني إن كان موسرا بما فيه من الحرية وجب عليه مد ونصف لأنه اجتمع فيه الرق والحرية فوجب عليه نصف نفقة الموسر وهو مد ونصف نفقة المعسر وهو نصف مد وهذا خطأ لأنه ناقص بالرق فلزمه نفقة المعسر كالعبد .

(فصل) وتجب النفقة عليه من قوت البلد لقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله صلى الله عليه وسلم ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمعروف ما يقتاته الناس في البلد ويجب لها الحب فإن دفع إليها سويقا أو دقيقا أو خبزا لم يلزمها قبوله لأنه طعام وجب بالشرع فكان الواجب فيه هو الحب كالطعام في الكفارة وإن اتفقا على دفع العوض ففيه وجهان أحدهما لا يجوز لأنه طعام وجب في الذمة بالشرع فلم يجز أخذ العوض فيه كالطعام في الكفارة والثاني يجوز وهو الصحيح لأنه طعام يستقر في الذمة للآدمي فجاز أخذ العوض فيه كالطعام في القرض ويخالف الطعام في الكفارة فإن ذلك يجب لحق الله تعالى ولم يأذن في أخذ العوض عنه والنفقة تجب لحقها وقد رضيت بأخذ العوض .

(فصل) ويجب لها الأدم بقدر ما يحتاج إليه من أدم البلد من الزيت والشيرج والسمن واللحم لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : من أوسط ما تطعمون أهليكم الخبز والزيت . وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال الخبز والزيت والخبز والسمن والخبز والتمر ، ومن أفضل ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم ولأن ذلك من النفقة بالمعروف .

(فصل) ويجب لها ما تحتاج إليه من المشط والسدر والدهن للرأس وأجرة الحمام إن كان عادتها دخول الحمام لأن ذلك يراد للتنظيف فوجب عليه كما يجب على المستأجر كنس الدار وتنظيفها وأما الخضاب فإنه إن لم يطلبه الزوج لم يلزمه وإن طلبه منها لزمه ثمنه لأنه للزينة وأما الأدوية وأجرة الطبيب والحجام فلا تجب عليه لأنه ليس من النفقة الثابتة وإنما يحتاج إليه لعارض

(قوله ومن قدر عليه رزقه) أي قتر : يقال قدر وقتر بمعنى ، وقيل معناه ضيق عليه وهما متقاربان .

وأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر إصلاح ما انهدم من الدار وأما الطيب فانه إن كان يراد لقطع السهوكة لزمه لأنه يراد للتنظيف وإن كان يراد للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه لأن الاستمتاع حق له فلا يجبر عليه :

(فصل) ويجب لها الكسوة لقوله تعالى «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» ولحديث جابر ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولأنه يحتاج إليه لحفظ البدن على الدوام فلزمه كالنفقة ويجب لامرأة الموسر من مرتفع ما يلبس فى البلد من القطن والكتان والخز والابريسم ولامرأة المعسر من غليظ القطن والكتان ولامرأة المتوسط ما بينهما وأقل ما يجب قميص وسراويل ومقنعة ومداس للرجل وإن كان فى الشتاء أضاف إليه جبة لأن ذلك من الكسوة بالمعروف :

(فصل) ويجب لها ملحفة أو كساء ووسادة ومضربة محشوة للنوم وزلية أو لبد أو حصير للنهار و[illegible]ن ذلك لامرأة الموسر من المرتفع ولامرأة المعسر من غير المرتفع ولامرأة المتوسط ما بينهما لأن ذلك من المعروف :

(فصل) ويجب لها مسكن لقوله تعالى «وعاشروهن بالمعروف» ومن المعروف أن يسكنها فى مسكن ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيون والتصرف والاستمتاع ويكون المسكن على قدر يساره وإعساره وتوسطه كما قلنا فى النفقة :

(فصل) وإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها بأن تكون من ذوات الأقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله عز وجل وعاشروهن بالمعروف ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها من يخدمها ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لأن المستحق خدمتها فى نفسها وذلك يحصل بخادم واحد ولا يجوز أن يكون الخادم إلا امرأة أو ذا رحم محرم وهل يجوز أن يكون من اليهود والنصارى فيه وجهان أحدهما أنه يجوز لأنهم يصلحون للخدمة والثانى لا يجوز لأن النفس تعاف من استخدامهم وإن قالت المرأة أنا أخدم نفسي وآخذ أجرة الخادم لم يجبر الزوج عليه لأن القصد بالخدمة ترفيهها وتوفيرها على حقه وذلك لا يحصل بخدمتها وإن قال الزوج أنا أخدمها بنفسي ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحاق أنه يلزمها الرضا به لأنه تقع الكفاية بخدمته والثانى لا يلزمها الرضا به لأنها تحتشمه ولا تستوفى حقها من الخدمة :

(فصل) وإن كان الخادم مملوكا لها واتفقا على خدمته لزمه نفقته فإن كان موسرا لزمه للخادم مد وثلث من قوت البلد وإن كان متوسطا أو معسرا لزمه مد لأنه لا تقع الكفاية بما دونه وفى أدمه وجهان أحدهما أنه يجب من نوع أدمها كما يجب الطعام من جنس طعامها والثانى أنه يجب من دون أدمها وهو المنصوص لأن العرف فى الأدم أن يكون من دون أدمها وفى الطعام العرف أن يكون من جنس طعامها ويجب لخادم كل زوجة من الكسوة والفراش والدثار دون ما يجب للزوجة ولا يجب له السراويل ولا يجب له المشط والسدر والدهن للرأس لأن ذلك يراد للزينة والخادم لا يراد للزينة وإن كانت خادمة تخرج للحاجات وجب لها خف لحاجتها إلى الخروج :

(فصل) ويجب أن يدفع إليها نفقة كل يوم إذا طلعت الشمس لأنه أول وقت الحاجة ويجب أن يدفع إليها الكسوة فى كل ستة أشهر لأن العرف فى الكسوة أن تبدل فى هذه المدة فإن دفع إليها الكسوة فبليت فى أقل من هذا القدر لم يجب عليه بدلها كما لا يجب عليه بدل طعام اليوم إذا نفد قبل انقضاء اليوم وإن انقضت المدة والكسوة باقية ففيه وجهان أحدهما لا يلزمه تجديدها لأن الكسوة مقدرة بالكفاية وهى مكفية والثانى يلزمه تجديدها وهو الصحيح كما يلزمه الطعام فى كل يوم وإن بقى عندها طعام اليوم الذى قبله ولأن الاعتبار بالمدة لا بالكفاية بدليل أنها لو تلفت قبل انقضاء المدة لم يلزمه تجديدها والمدة قد انقضت فوجب التجديد وأما ما يبقى سنة فأكثر كالبسط والفراش وجبة الخز والابريسم فلا يجب تجديدها فى كل فصل لأن العادة أن لا تجدد فى كل فصل :

(فصل) وإن دفع إليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه لم يرجع بما بقى لأنه دفع ما يستحق دفعه وإن سلفها نفقة أيام فبانت قبل انقضائها فله أن يرجع فى نفقة ما بعد اليوم الذى بانت فيه لأنه غير مستحق وإن دفع إليها كسوة الشتاء أو الصيف فبانت

(قوله لقطع السهوكة) هى الرائحة الكريهة وأصله ريح السمك وصدأ الحديد . يقال بدأ سهكه من ذلك (قوله الخز) جنس من الثياب لحمته صوف وسداه إبريسم (قوله وزلية) الزلية بكسر الزاى وتشديد اللام بساط عراقى نحو الطنفسة والدثار الثوب الذى يتدفأ به .

قبل انقضائه ففيه وجهان أحدهما له أن يرجع لأنه دفع ازمان مستقبل فإذا طرأ ما يمنع الاستحقاق ثبت له الرجوع كما لو أسلفها نفقة أيام فبانت قبل انقضائها والثانى لا يرجع لأنه دفع ما يستحق دفعه فلم يرجع به كما لو دفع إليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه .

(فصل) وإن قبضت كسوة فصل وأرادت بيعها لم تمنع منه وقال أبو بكر بن الحداد المصرى لا يجوز وقال أبو الحسن الماوردى البصرى إن أرادت بيعها بما دونها فى الجمال لم يجز لأن للزوج حظا فى جمالها وعليه ضرر فى نقصان جمالها والأول أظهر لأنه عوض مستحق فلم تمنع من التصرف فيه كالمهر وإن قبضت النفقة وأرادت أن تبيعها أو تبدلها بغيرها لم تمنع منه ومن أصحابنا من قال إن أبدلتها بما يستضر بأكله كان للزوج منعها لما عليه من الضرر فى الاستمتاع بمرضها والمذهب الأول لما ذكرناه فى الكسوة والضرر فى الأكل لا يتحقق فلا يجوز المنع منه :

(باب الإعسار بالنفقة واختلاف الزوجين فيها)

إذا أعسر الزوج بنفقة المعسر فلها أن تفسخ النكاح لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما ولأنه إذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر أولى وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار لأن البدن لا يقوم بما دون المد وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت له الفسخ لأن ما زاد غير مستحق مع الإعسار وإن أعسر بالأدم لم يثبت لها الفسخ لأن البدن يقوم بالطعام من غير أدم وإن أعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة كما لا يقوم بغير القوت وإن أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها الفسخ لأن النفس تقوم بغير خادم وإن أعسر بالمسكن ففيه وجهان أحدهما يثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم المسكن والثانى لا يثبت لأنها لا تعدم موضعا تسكن فيه :

(فصل) وإن لم يجد إلا نفقة يوم بيوم لم يثبت لها الفسخ لأنه لا يلزمه فى كل يوم أكثر من نفقة يوم وإن وجد فى أول النهار ما يغديها وفى آخره ما يعشيها ففيه وجهان أحدهما لها الفسخ لأن نفقة اليوم لا تتبعض والثانى ليس لها الفسخ لأنها تصل إلى كفايتها وإن كان يجد يوما قدر الكفاية ولا يجد يوما ثبت لها الفسخ لأنه لا يحصل لها فى كل يوم إلا بعض النفقة وإن كان نساجا ينسج فى كل أسبوع ثوبا تكفيه أجرته الأسبوع أو صانعا يعمل فى كل ثلاثة أيام تكة يكفيه ثمنها ثلاثة أيام لم يثبت لها الفسخ لأنه يقدر أن يستقرض لهذه المدة ما ينفقه فلا تنقطع به النفقة وإن كانت نفقته فى عمل فعجز عن العمل بمرض نظرت فإن كان مرضا يرجى زواله فى اليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ لأنه يمكنها أن تستقرض ما تنفقه ثم تقضيه وإن كان مرضا مما يطول زمانه ثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم النفقة وإن كان له مال غائب فإن كان فى مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يجز لها الفسخ وإن كان فى مسافة تقصر فيها الصلاة ثبت لها الفسخ لما ذكرناه فى المرض وإن كان له دين على موسر لم يثبت لها الفسخ وإن كان على معسر ثبت له الفسخ لأن يسار الغريم كيساره وإعساره كإعساره فى تيسير النفقة وتعسيرها :

(فصل) وإن كان الزوج موسرا وامتنع من الإنفاق لم يثبت لها الفسخ لأنه يمكن الاستيفاء بالحاكم وإن غاب وانقطع خبره لم يثبت لها الفسخ لأن الفسخ يثبت بالعيب بالإعسار ولم يثبت الإعسار ومن أصحابنا من ذكر فيه وجها آخر أنه يثبت لها الفسخ لأن تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالإعسار :

(فصل) إذا ثبت لها الفسخ بالإعسار واختارت المقام معه ثبت لها فى ذمته ما يجب على المعسر من الطعام والأدم والكسوة ونفقة الخادم فإذا أيسر طولب بها لأنها حقوق واجبة عجز عن أدائها فإذا قدر طولب بها كسائر الديون ولا يثبت لها فى الذمة ما لا يجب على المعسر من الزيادة على نفقة المعسر لأنه غير مستحق .

(فصل) وإن اختارت المقام بعد الإعسار لم يلزمها التمكين من الاستمتاع ولها أن تخرج من منزله لأن التمكين فى مقابلة النفقة فلا يجب مع عدمها وإن اختارت المقام معه على الإعسار ثم عن لها أن تفسخ فلها أن تفسخ لأن النفقة يتجدد وجوبها فى كل يوم فتتجدد حق الفسخ وإن تزوجت بفقير مع العلم بحاله ثم أعسر بالنفقة فلها أن تفسخ لأن حق الفسخ يتجدد بالاعسار بتجدد النفقة :

(قوله ثم عن لها أن تفسخ) أى ظهر لها رأى واعترض

(فصل) وإن اختارت الفسخ لم يجز الفسخ إلا بالحاكم لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كالفسخ بالتعنين وفى وقت الفسخ قولان أحدهما أن لها الفسخ فى الحال لأنه فسخ لتعذر العوض فثبت فى الحال كفسخ البيع بإفلاس المشترى بالثمن والثانى أنه يمهل ثلاثة أيام لأنه قد لا يقدر فى اليوم ويقدر فى غد ولا يمكن إمهاله أبدا لأنه يؤدى إلى الاضرار بالمرأة والثلاث فى حد القلة فوجب إمهاله وعلى هذا لها أن تخرج فى هذه الأيام من منزل الزوج لأنها لا يلزمها التمكين من غير نفقة :

(فصل) إذا وجد التمكين الموجب للنفقة ولم ينفق حتى مضت مدة صارت النفقة دينا فى ذمته ولا تسقط بمضى الزمان لأنه مال يجب على سبيل البدل فى عقد معاوضة فلا يسقط بمضى الزمان كالثمن والأجرة والمهر ويصح ضمان ما استقر منها بمضى الزمان كما يصح ضمان سائر الديون وهل يصح ضمانها قبل استقرارها بمضى الزمان فيه قولان بناء على القولين فى النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين فيه قولان قال فى الجديد تجب بالتمكين وهو الصحيح لأنها لو وجبت بالعقد لملكت المطالبة بالجميع كالمهر والأجرة وعلى هذا لا يصح ضمانها لأنه ضمان مالم يجب وقال فى القديم تجب بالعقد لأنها فى مقابلة الاستمتاع والاستمتاع يجب بالعقد فكذلك النفقة وعلى هذا يصح أن يضمن منها نفقة موصوفة لمدة معلومة :

(فصل) إذا اختلف الزوجان فى قبض النفقة فادعى الزوج أنها قبضت وأنكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها لقوله عليه السلام اليمين على المدعى عليه ولأن الأصل عدم القبض وإن مضت مدة لم ينفق فيها وادعت الزوجة أنه كان موسرا فيلزمه نفقة الموسر وادعى الزوج أنه كان معسرا فلا يلزمه إلا نفقة المعسر نظرت فان عرف له مال فالقول قولها لأن الأصل بقاؤه وإن لم يعرف له مال قبل ذلك فالقول قوله لأن الأصل عدم المال وإن اختلفا فى التمكين فادعت المرأة أنها مكنت وأنكر الزوج فالقول قوله لأن الأصل عدم التمكين وبراءة الذمة من النفقة وإن طلق زوجته طلقة رجعية وهى حامل فوضعت واتفقا على وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة فقال الزوج طلقتك قبل الوضع فانقضت العدة فلا رجعة لى عليك ولا نفقة لك على وقالت المرأة بل طلقتنى بعد الوضع فلك على الرجعة ولى عليك النفقة فالقول قول الزوج أنه لا رجعة لى عليك لأنه حق له فقبل إقراره فيه والقول قول المرأة فى وجوب العدة لأنه حق عليها فكان القول قولها والقول قولها مع يمينها فى وجوب النفقة لأن الأصل بقاؤها والله أعلم :

(باب نفقة المعتدة)

إذا طلق امرأته بعد الدخول طلاقا رجعيا وجب لها السكنى والنفقة فى العدة لأن الزوجية باقية والتمكين من الاستمتاع موجود فإن طلقها طلاقا بائنا وجب لها السكنى فى العدة حائلا كانت أو حاملا لقوله عز وجل «أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن» وأما النفقة فإنها إن كانت حائلا لم تجب وإن كانت حاملا وجبت لقوله عز وجل «وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن» فأوجب النفقة مع الحمل فدل على أنها لا تجب مع عدم الحمل وهل تجب النفقة للحمل أو للحامل بسبب الحمل فيه قولان قال فى القديم تجب للحمل لأنها تجب بوجوده وتسقط بعدمه وقال فى الأم تجب للحامل بسبب الحمل وهو الصحيح لأنها لو وجبت للحمل لتقدرت بكفايته وذلك يحصل بما دون المد فان قلنا تجب للحمل لم تجب إلا على من تجب عليه نفقة الولد فإن كانت الزوجة أمة والزوج حرا وجبت نفقتها على مولاها لأن الولد مملوك له وإن قلنا تجب النفقة للحامل وجبت على الزوج لأن نفقتها تجب عليه وإن كان الزوج عبدا وقلنا إن النفقة للحامل وجبت عليه وإن قلنا تجب للحمل لم تجب لأن العبد لا يلزمه نفقة ولده :

(فصل) إذا وجبت النفقة للحمل أو للحامل بسبب الحمل ففى وجوب الدفع قولان أحدهما لا يجب الدفع حتى تضع الحمل لجواز أن يكون ريحا فانفش فلا يجب الدفع مع الشك والثانى يجب الدفع يوما بيوم لأن الظاهر وجود الحمل ولأنه جعل كالمتحقق فى منع النكاح وفسخ البيع فى الجارية المبيعة والمنع من الأخذ فى الزكاة ووجوب الدفع فى الدية فجعل كالمتحقق فى دفع النفقة

(ومن باب نفقة المعتدة)

(قوله ريحا فانفش) يقال انفشت الريح خرجت من الزق ونحوه

فإن دفع إلى البهائم بان أنه لم يكن بها حمل فإن قلنا تجب يوما بيوم فله أن يرجع عليها لأنه دفعها على أنها واجبة وقد بان أنها لم تجب فثبت له الرجوع وإن قلنا إنها لا تجب إلا بالوضع فإن دفعها بأمر الحاكم فله أن يرجع لأنه إذا أمره الحاكم لزمه الدفع فثبت له الرجوع وإن دفع من غير أمره فإن شرط أن ذلك عن نفقتها إن كانت حاملا فله أن يرجع لأنه دفع عما يجب وقد بان أنه لم يجب وإن لم يشرط لم يرجع لأن الظاهر أنه متبرع ؛

(فصل) فإن تزوج امرأة ودخل بها ثم انفسخ النكاح برضاع أو عيب وجب لها السكنى فى العدة وأما النفقة فإنها إن كانت حائلا لم تجب وإن كانت حاملا وجبت لأنها معتدة عن فرقة فى حال الحياة فكان حكمها فى النفقة والسكنى ماذكرناه كالمطلقة وإن لاعنها بعد الدخول فإن لم ينف الحمل وجبت النفقة وإن نفى الحمل لم تجب النفقة لأن النفقة تجب فى أحد القولين للحمل والثانى تجب لها بسبب الحمل والحمل منتف عنه فلم تجب بسببه نفقة وأما السكنى ففيها وجهان أحدهما تجب لأنها معتدة عن فرقة فى حال الحياة فوجب لها السكنى كالمطلقة والثانى لا تجب لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن لا تثبت لها من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها زوجها ولأنها لم تحصن ماءه فلم يلزمه سكناها ؛

(فصل) وإن نكح امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها وفرق بينهما لم تجب لها السكنى لأنها إذا لم تجب مع قيام الفراش واجتماعهما على النكاح فلأن لا تجب مع زوال الفراش والافتراق أولى وأما النفقة فإنها إن كانت حائلا لم تجب لأنها إذا لم تجب فى العدة عن نكاح صحيح فلأن لا تجب فى العدة عن النكاح الفاسد أولى وإن كانت حاملا فعلى القولين إن قلنا إن النفقة للحامل لم تجب لأن حرمتها فى النكاح الفاسد غير كاملة وإن قلنا إنها تجب للحمل وجبت لأن الحمل فى النكاح الفاسد كالحمل فى النكاح الصحيح

(فصل) وإن كانت الزوجة معتدة عن الوفاة لم تجب لها النفقة لأن النفقة إنما تجب للمتمكن من الاستمتاع وقد زال التمكين بالموت أو بسبب الحمل والميت لا يستحق عليه حق لأجل الولد وهل تجب لها السكنى فيه قولان أحدهما لا تجب وهو اختيار المزنى لأنه حق يجب يوما بيوم فلم تجب فى عدة الوفاة كالنفقة والثانى تجب لما روت فريعة بنت مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشرا ولأنها معتدة عن نكاح صحيح فوجب لها السكنى كالمطلقة ؛

(فصل) إذا حبست زوجة المفقود أربع سنين فلها النفقة لأنها محبوسة عليه فى بيته فإن طلبت الفرقة بعد أربع سنين فرق الحاكم بينهما فان قلنا بقوله القديم إن التفريق صحيح فهى كالمتوفى عنها زوجها لأنها معتدة عن وفاة فلا تجب لها النفقة وفى السكنى قولان فان رجع الزوج فان قلنا تسلم إليه عادت إلى نفقته فى المستقبل وإن قلنا لا تسلم إليه لم يكن لها عليه نفقة فان قلنا بقوله الجديد وأن التفريق باطل فلها النفقة فى مدة التربص ومدة العدة لأنها محبوسة عليه فى بيته وإن تزوجت سقطت نفقتها لأنها صارت كالناشزة وإن لم يرجع الزوج ورجعت إلى بيتها وقعدت فيه فان قلنا بقوله القديم لم تعد النفقة وإن قلنا بقوله الجديد فهل تعود نفقتها بعودها إلى البيت فيه وجهان أحدهما تعود لأنها سقطت بنشوزها فعادت بعودها والثانى لا تعود لأن التسليم الأول قد بطل فلا تعود إلا بتسليم مستأنف كما أن الوديعة إذا تعدى فيها ثم ردها إلى المكان لم تعد الأمانة ومن أصحابنا من قال إن كان الحاكم فرق بينهما وأمرها بالاعتداد واعتدت وفارقت البيت ثم عادت إليه لم تعد نفقتها لأن التسليم الأول قد بطل لحكم الحاكم وإن كانت تربصت فاعتدت ثم فارقت البيت ثم عادت إليه عادت النفقة لأن التسليم الأول لم يبطل من غير حكم الحاكم والله أعلم ؛

(باب نفقة الأقارب والرقيق والبهائم)

والقرابة التى تستحق بها النفقة قرابة الوالدين وإن علوا وقرابة الأولاد وإن سفلوا فتجب على الولد نفقة الأب والأم والدليل عليه قوله تعالى «وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا» ومن الاحسان أن ينفق عليهما وروت عائشة رضى الله

(ومن باب نفقة الأقارب والرقيق والبهائم)

(قوله وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا) قضى أى أمر وحكم . والإحسان هو ضد الاساءة والقبيح

عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه ويجب عليه نفقة الأجداد والجدات لأن اسم الوالدين يقع على الجميع والدليل عليه قوله تعالى «ملة أبيكم إبراهيم» فسمى الله تعالى إبراهيم أبا وهو جد ولأن الجد كالأب والجدة كالأم في أحكام الولادة من رد الشهادة وغيرها وكذلك في إيجاب النفقة ويجب على الأب نفقة الولد لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله عندي دينار فقال أنفقه على نفسك قال عندي آخر فقال أنفقه على ولدك قال عندي آخر فقال أنفقه على أهلك قال عندي آخر قال أنفقه على خادمك قال عندي آخر قال أنت أعلم به ويجب عليه نفقة ولد الولد وإن سفل لأن اسم الولد يقع عليه والدليل عليه قوله عزوجل يابني آدم وتجب على الأم نفقة الولد لقوله تعالى لاتضار والدة بولدها ولأنه إذا وجبت على الأب وولادته من جهة الظاهر فلأن تجب على الأم وولادتها من جهة القطع أولى وتجب عليها نفقة ولد الولد لما ذكرناه في الأب ولا تجب نفقة من عدا الوالدين والمولودين من الأقارب كالإخوة والأعمام وغيرهما لأن الشرع ورد بإيجاب نفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لايلحق بهم في الولادة وأحكام الولادة فلم يلحق بهم في وجوب النفقة .

(فصل) ولا تجب نفقة القريب إلا على موسر أو مكتسب يفضل عن حاجته ماينفق على قريبه وأما من لايفضل عن نفقته شيء فلا تجب عليه لما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إذا كان أحدكم فقيرا فليبدأ بنفسه فان كان فضل فعلى عياله فان كان فضل فعلى قرابته» فان لم يكن فضل غير ماينفق على زوجته لم يلزمه نفقة القريب لحديث جابر رضي الله عنه ولأن نفقة القريب مواساة ونفقة الزوجة عوض فقدمت على المواساة ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القريب كنفقة نفسه :

(فصل) ولايستحق القريب النفقة على قريبه من غير حاجة فان كان موسرا لم يستحق لأنها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة وإن كان معسرا عاجزا عن الكسب لعدم البلوغ أو الكبر أو الجنون أو الزمانة استحق النفقة على قريبه لأنه محتاج لعدم المال وعدم الكسب وإن كان قادرا على الكسب بالصحة والقوة فان كان من الوالدين ففيه قولان أحدهما يستحق لأنه محتاج فاستحق النفقة على القريب كالزمن والثاني لايستحق لأن القوة كاليسار ولهذا سوى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما في تحريم الزكاة فقال لاتحل الصدقة لغني ولا لذي مرة قوي وإن كان من المولودين ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالوالدين ومنهم من قال لايستحق قولا واحدا لأن حرمة الوالد آكد فاستحق بها مع القوة وحرمة الولد أضعف فلم يستحق بها مع القوة :

(فصل) فإن كان للذي يستحق النفقة أب وجد أو جد وأبو جد وهما موسران كانت النفقة على الأقرب منهما لأنه أحق بالمواساة من الأبعد وإن كان له أب وابن موسران ففيه وجهان أحدهما أن النفقة على الأب لأن وجوب النفقة عليه منصوص عليه وهو قوله تعالى «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» ووجوبها على الولد ثبت بالاجتهاد والثاني أنهما سواء لتساويهما في القرب والذكورية وإن كان له أب وأم موسران كانت النفقة على الأب لقوله تعالى «فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن» فجعل أجرة الرضاع على الأب وروت عائشة رضي الله عنها أن هندا أم معاوية جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وإنه لايعطيني مايكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سرا وهو لايعلم فهل علي في ذلك من شيء فقال النبي صلى الله عليه وسلم خذي مايكفيك وولدك بالمعروف ولأن الأب ساوى الأم في الولادة وانفرد بالتعصيب فقدم وإن كان له أم وجد أبو الأب وهما موسران فالنفقة على الجد لأن له ولادة وتعصيبا فقدم على الأم كالأب وإن كانت له بنت وابن بنت ففيه قولان أحدهما أن النفقة على البنت لأنها أقرب والثاني أنها على ابن البنت لأنه أقوى وأقدر على النفقة

(قوله لاتضار والدة بولدها) يجوز أن يكون معناه لاتضارر على تفاعل وهو أن ينزع ولدها منها ويدفع إلى مرضعة أخرى ويجوز أن يكون معناه لاتضارر الأم الأب فلا ترضعه (قوله فإن كان فضل فعلى عياله) الفضل الزيادة والعيال ههنا الزوجة (قوله لذي مرة قوي) المرة القوة والعقل ومنه قوله تعالى «ذو مرة فاستوى» يعني جبريل عليه السلام : ورجل مرير قوي شديد :

بالذكورية وإن كانت له بنت وابن ابن فالنفقة على ابن الابن لأن له ولادة وتعصيبا فقدم كما قدم الجد على الأم وإن كان له أم وبنت كانت النفقة على البنت لأن للبنت تعصيبا وليس للأم تعصيب وإن كان له أم أم وأبو أم فهما سواء لأنهما يتساويان في القرب وعدم التعصيب وإن كان له أم أم وأم أب ففيه وجهان أحدهما أنهما سواء لتساويهما في الدرجة والثانى أن النفقة على أم الأب لأنها تدلى بالعصبة :

(فصل) وإن كان الذى تجب عليه النفقة يقدر على نفقة قريب واحد وله أب وأم يستحقان النفقة ففيه ثلاثة أوجه أحدها أن الأم أحق لما روى أن رجلا قال يارسول الله من أبر قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أباك ولأنها تساوى الأب فى الولادة وتنفرد بالحمل والوضع والرضاع والتربية والثانى أن الأب أحق لأنه يساويها فى الولادة وينفرد بالتعصيب ولأنهما لو كانا موسرين والابن معسر اقدم الأب فى وجوب النفقة عليها فقدم فى النفقة له والثالث أنهما سواء لأن النفقة بالقرابة لا بالتعصيب وهما فى القرابة سواء وإن كان له أب وابن ففيه وجهان أحدهما أن الابن أحق لأن نفقته ثبتت بنص الكتاب والثانى أن الأب أحق لأن حرمته آكد ولهذا لا يقاد بالابن ويقاد به الابن وإن كان له ابن وابن ابن أو أب وجد ففيه وجهان أحدهما أن الابن أحق من ابن الابن والأب أحق من الجد لأنهما أقرب ولأنهما لو كانا موسرين وهو معسر كانت نفقته على أقربهما فكذلك فى نفقته عليهما والثانى أنهما سواء لأن النفقة بالقرابة ولهذا لا يسقط أحدهما بالآخر إذا قدر على نفقتهما :

(فصل) ومن وجبت عليه نفقته بالقرابة وجبت نفقته على قدر الكفاية لأنها تجب للحاجة فقدرت بالكفاية وإن احتاج إلى من يخدمه وجبت نفقة خادمه وإن كانت له زوجة وجبت نفقة زوجته لأن ذلك من تمام الكفاية وإن مضت مدة ولم ينفق على من تلزمه نفقته من الأقارب لم يصر دينا عليه لأنها وجبت عليه لتزجية الوقت ودفع الحاجة وقد زالت الحاجة لما مضى فسقطت :

(فصل) وإن كان له أب فقير مجنون أو فقير زمن واحتاج إلى الاعفاف وجب على الولد إعفافه على المنصوص وخرج أبو على بن خيران قولا آخر أنه لا يجب لأنه قريب يستحق النفقة فلا يستحق الاعفاف كالابن والمذهب الأول لأنه معنى يحتاج الأب إليه ويلحقه الضرر بفقده فوجب كالنفقة وإن كان صحيحا قويا وقلنا إنه تجب نفقته وجب إعفافه وإن قلنا لا تجب نفقته ففى إعفافه وجهان أحدهما لا يجب لأنه لا تجب نفقته فلا تجب إعفافه والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه يجب إعفافه لأن نفقته إن لم تجب على القريب أنفق عليه من بيت المال والاعفاف لا يجب فى بيت المال فوجب على القريب ومن وجب عليه الاعفاف فهو بالخيار بين أن يزوجه بحرة وبين أن يسريه بجارية ولا يجوز أن يزوجه بأمة لأنه بالاعفاف يستغنى عن نكاح الأمة ولا يعفه بعجوز ولا بقبيحة لأن الأصل من العفة هو الاستمتاع ولا يحصل ذلك بالعجوز ولا القبيحة فإن زوجه بحرة أو سراه بجارية ثم استغنى لم يلزمه مفارقة الحرة ولا رد الجارية لأن ما استحق للحاجة لم يجب رده بزوال الحاجة كما لو قبض نفقة يوم ثم أيسر وإن أعفه بحرة فطلقها أو سراه بجارية فأعتقها لم يجب عليه بدلها لأن ذلك مواساة لدفع الضرر فلو أوجبنا البدل خرج من حد المواساة وأدى إلى الضرر والضرر لا يزال بالضرر وإن ماتت عنده ففيه وجهان أحدهما لا يجب البدل لأنه يخرج عن حد المواساة والثانى يجب لأنه زال ملكه عنها بغير تفريط فوجب بدله كما لو دفع إليه نفقة يوم فسرقت منه :

(فصل) وإن احتاج الولد إلى الرضاع وجب على القريب إرضاعه لأن الرضاع فى حق الصغير كالنفقة فى حق الكبير ولا يجب إلا فى حولين كاملين لقوله تعالى «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة» فإن كان الولد من زوجته وامتنعت من الارضاع لم تجبر وقال أبو ثور تجبر لقوله تعالى «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة» وهذا خطأ لأنها إذا لم تجبر على نفقة الولد مع وجود الأب لم تجبر على الرضاع وإن أرادت إرضاعه كره للزوج منعها لأن لبنها

(قوله لتزجية الوقت) زجيت الشىء تزجية إذا دفعته برفق : وتزجيت بكذا اكتفيت به : وبضاعة مزجاة قليلة (قوله وجب على الولد إعفافه) يقال عف عن الحرام يعف عفا وعفافا وعفافة أى كف فهو عف وعفيف :

أوفق له وإن أراد منعها منه كان له ذلك لأنه يستحق الاستمتاع بها فى كل وقت إلا فى وقت العبادة فلا يجوز لها تفويته عليه بالرضاع وإن رضيا بارضاعه فهل تلزمه زيادة على نفقتها فيه وجهان أحدهما تلزمه وهو قول أبى سعيد وأبى إسحاق لأنها تحتاج فى حال الرضاع إلى أكثر مما تحتاج فى غيره والثانى لا تلزمه الزيادة على نفقتها فى النفقة لأن نفقتها مقدرة فلا تجب الزيادة لحاجتها كما لا تجب الزيادة فى نفقة الأكولة لحاجتها وإن أرادت إرضاعه بأجرة ففيه وجهان أحدهما لا يجوز وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايني رحمة الله عليه لأن أوقات الرضاع مستحقة لاستمتاع الزوج ببدل وهو النفقة فلا يجوز أن تأخذ بدلا آخر والثانى أنه يجوز لأنه عمل يجوز أخذ الأجرة عليه بعد البينونة فجاز أخذ الأجرة عليه قبل البينونة كالنسج وإن بانت لم يملك إجبارها على إرضاعه كما لا يملك قبل البينونة فإن طلبت أجرة المثل على الرضاع ولم يكن للأب من يرضع بدون الأجرة كانت الأم أحق به لقوله تعالى فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وإن طلبت أكثر من أجرة المثل جاز انتزاعه منها وتسليمه إلى غيرها لقوله تعالى وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ولأن ما يوجد بأكثر من عوض المثل كالمعدوم ولهذا لو وجد الماء بأكثر من ثمن المثل جعل كالمعدوم فى الانتقال إلى التيمم فكذلك ههنا وإن طلبت أجرة المثل وللأب من يرضعه بغير عوض أو بدون أجرة المثل ففيه قولان أحدهما أن الأم أحق بأجرة المثل لأن الرضاع لحق الولد ولأن لبن الأم أصلح له وأنفع وقد رضيت بعوض المثل فكان أحق والثانى أن الأب أحق لأن الرضاع فى حق الصغير كالنفقة فى حق الكبير ولو وجد الكبير من يتبرع بنفقته لم يستحق على الأب النفقة فكذلك إذا وجد من يتبرع بارضاعه لم تستحق على الأب أجرة الرضاع وإن دعت المرأة أن الأب لا يجد غيرها فالقول قول الأب لأنها تدعى استحقاق أجرة المثل والأصل عدمه .

(فصل) ويجب على المولى نفقة عبده وأمته وكسوتهما لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل إلا ما يطيق» ويجب عليه نفقته من قوت البلد لأنه هو المتعارف فإن تولى طعامه استحب أن يطعمه منه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم «إذا جاء أحدكم خادمه بطعام فليجلسه معه فان لم يجلسه معه فليناوله أكلة أو أكلتين فانه تولى علاجه وحره» فان كانت له جارية للتسرى استحب أن تكون كسوتها أعلى من كسوة جارية الخدمة لأن العرف أن تكون كسوتها أعلى فوق كسوة جارية الخدمة .

(فصل) ولا يكلف عبده وأمته من الخدمة ما لا يطيقان لقوله صلى الله عليه وسلم ولا يكلفه من العمل ما لا يطيق ولا يسترضع الجارية إلا ما فضل عن ولدها لأن فى ذلك إضرارا بولدها وإن كان لعبده زوجة أذن له فى الاستمتاع بالليل لأن إذنه بالنكاح يتضمن الاذن فى الاستمتاع بالليل وإن مرض العبد أو الأمة أو عميا أو زمنا لزمه نفقتهما لأن نفقتهما بالملك ولهذا تجب مع الصغر فوجبت مع العمى والزمانة ولا يجوز أن يجبر عبده على المخارجة لأنه معاوضة فلم يملك إجباره عليها كالكتابة وإن طلب العبد ذلك لم يجبر المولى كما لا يجبر إذا طلب الكتابة فان اتفقا عليها وله كسب جاز لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم حجمه أبو طيبة فأعطاه أجره وسأل مواليه أن يخففوا من خراجه وإن لم يكن له كسب لم يجز لأنه لا يقدر على أن يدفع إليه من جهة تحل فلم يجز .

(فصل) ومن ملك بهيمة لزمه القيام بعلفها لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «عذبت امرأة فى هرة حبستها حتى ماتت جوعا فدخلت فيها النار فقيل لها والله أعلم لا أنت أطعمتها وسقيتها حين حبستها ولا أنت أرسلتها حتى تأكل من خشاش الأرض حتى ماتت جوعا» ولا يجوز له أن يحمل عليها ما لا تطيق لأن النبى صلى الله عليه وسلم

(قوله أكلة أو أكلتين) الأكلة بالضم اللقمة والأكلة بالفتح فى غير هذه المرة الواحدة (قوله تولى علاجه وحره) عالجت الشيء معالجة وعلاجا إذا زاولته وعانيته وحره تعبه ومشقته (قوله من خراجه) الخرج والخراج الاتاوة وهو أن يجعل عليه سيده له شيئا فى كل يوم أو فى كل شهر (قوله من خشاش الأرض) هى الحشرات تفتح وتكسر وهى صغار الهوام وسميت بذلك لأنها تخش فى الأرض أى تدخل .

منع أن يكلف العبد ما لا يطيق فوجب أن تكون البهيمة مثله ولا يحلب من لبنها إلا ما يفضل عن ولدها لأنه غذاء للولد فلا يجوز منعه ؛

(فصل) وإن امتنع من الإنفاق على رقيقه أو على بهيمته أجبر عليه كما يجبر على نفقة زوجته وإن لم يكن له مال أكرى عليه إن أمكن إكراؤه فإن لم يمكن بيع عليه كما يزال الملك عنه في امرأته إذا أعسر بنفقتهما والله أعلم ؛

(باب الحضانة)

إذا افترق الزوجان ولهما ولد بالغ رشيد فله أن ينفرد عن أبويه لأنه مستغن عن الحضانة والكفالة والمستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره عنهما وإن كانت جارية كره لها أن تنفرد لأنها إذا انفردت لم يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها وإن كان لهما ولد مجنون أو صغير لا يميز وهو الذى له دون سبع سنين وجبت حضانته لأنه إن ترك حضانته ضاع وهلك ؛

(فصل) ولا تثبت الحضانة لرقيق لأنه لا يقدر على القيام بالحضانة مع خدمة المولى ولا تثبت لمعتوه لأنه لا يكمل للحضانة ولا تثبت لفاسق لأنه لا يوفى الحضانة حقها ولأن الحضانة إنما جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد فى حضانة الفاسق لأنه ينشأ على طريقه ولا تثبت لكافر على مسلم وقال أبو سعيد الاصطخرى تثبت للكافر على المسلم لما روى عبد الحميد بن سلمة عن أبيه أنه قال أسلم أبى وأبت أمى أن تسلم وأنا غلام فاختصما إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال ياغلام اذهب إلى أيهما شئت إن شئت إلى أبيك وإن شئت إلى أمك فتوجهت إلى أمى فلما رآنى النبى صلى الله عليه وسلم سمعته يقول اللهم اهده فملت إلى أبى فقعدت فى حجره والمذهب الأول لأن الحضانة جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد المسلم فى حضانة الكافر لأنه يفتنه عن دينه وذلك من أعظم الضرر والحديث منسوخ لأن الأمة أجمعت على أنه لا يسلم الصبى المسلم إلى الكافر ولا حضانة للمرأة إذا تزوجت لما روى عبد الله بن عمرو ابن العاص أن امرأة قالت يارسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وثديى له سقاء وحجرى له حواء وإن أباه طلقنى وأراد أن ينتزعه منى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحى ولأنها إذا تزوجت اشتغلت باستمتاع الزوج عن الحضانة فإن أعتق الرقيق وعقل المعتوه وعدل الفاسق وأسلم الكافر عاد حقهم من الحضانة لأنه زالت العلة فعادت بزوال العلة وإذا طلقت المرأة عاد حقها من الحضانة وقال المزنى إن كان الطلاق رجعيا لم يعد لأن النكاح باق وهذا خطأ لأنه إنما سقط حقها بالنكاح لاشتغالها باستمتاع الزوج والطلاق الرجعى يحرم الاستمتاع كما يحرم بالطلاق البائن فعادت الحضانة .

(فصل) ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوى الأرحام وهم ابن البنت وابن الأخت وابن الأخ من الأم وأبو الأم والخال والعم من الأم لأن الحضانة إنما تثبت للنساء لمعرفتهن بالحضانة أو لمن له قوة قرابة بالميراث من الرجال وهذا لا يوجد فى ذوى الأرحام من الرجال ولا يثبت لمن أدلى بهم من الذكور والإناث لأنه إذا لم يثبت لهم لضعف قرابتهم فلأن لا يثبت لمن يدلى بهم أولى ؛

(فصل) وإن اجتمع النساء دون الرجال وهن من أهل الحضانة فالأم أحق من غيرها لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أنت أحق به ما لم تنكحى ولأنها أقرب إليه وأشفق عليه ثم تنتقل إلى من يرث من أمهاتها لمشاركتهن الأم فى الولادة والإرث ويقدم الأقرب فالأقرب ويقدمن على أمهات الأب وإن قربن لتحقق ولادتهن ولأنهن أقوى فى الميراث من أمهات الأب لأنهن لا يسقطن بالأب وتسقط أمهات الأب بالأم فإذا عدم من يصلح للحضانة من أمهات الأم ففيه قولان قال فى القديم تنتقل إلى الأخت والخالة ويقدمان على أم الأب لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى بنت حمزة لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم ولأن الخالة تدلى بالأم وأم الأب تدلى بالأب والأم تقدم على الأب فقدم من يدلى بها على من

(ومن باب الحضانة)

مشتقة من الحضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح : وحضنا الشيء جانباه وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها : والمعتوه الناقص العقل (قوله وحجرى له حواء) الحجر بمعنى الحضن وحواء أى يحويه ويحيط به : والحواء بيوت مجتمعة من الناس والجمع أحوية

يدلى به ولأن الأخت ركضت مع الولد فى الرحم ولم تركض أم الأب معه فى الرحم فقدمت عليها فعلى هذا تكون الحضانة للأخت من الأب والأم ثم الأخت من الأم ثم الخالة ثم لأم الأب ثم للأخت من الأب ثم للعمة وقال فى الجديد إذا عدمت أمهات الأم انتقلت الحضانة إلى أم الأب وهو الصحيح لأنها جدة وارثة فقدمت على الأخت والخالة كأم الأم فعلى هذا تكون الحضانة لأم الأب ثم لأمهاتها وإن علون الأقرب فالأقرب ويقدمن على أم الجد كما يقدم الأب على الجد فان عدمت أمهات الأب انتقلت إلى أمهات الجد ثم إلى أمهاتها وإن علون ثم تنتقل إلى أمهات أب الجد فإذا عدم أمهات الأبوين انتقلت إلى الأخوات ويقدمن على الخالات والعمات لأنهن ركضن مع الولد فى الرحم وشاركنه فى النسب وتقدم الأخت من الأب والأم ثم الأخت للأب ثم الأخت للأم وقال أبو العباس ابن سريج تقدم الأخت للأم على الأخت للأب لأن إحداهما تدلى بالأم والأخرى تدلى بالأب فقدم المدلى بالأم على المدلى بالأب كما قدمت الأم على الأب وهذا خطأ لأن الأخت من الأب أقوى من الأخت من الأم فى الميراث والتعصيب مع البنات ولأن الأخت من الأب تقوم مقام الأخت من الأب والأم فى الميراث فقامت مقامها فى الحضانة فان عدمت الأخوات انتقلت إلى الخالات ويقدمن على العمات لأن الخالة تساوى العمة فى الدرجة وعدم الارث وتدلى بالأم والعمة تدلى بالأب والأم تقدم على الأب فقدم من تدلى بها وتقدم الخالة من الأب والأم على الخالة من الأب ثم الخالة من الأب ثم الخالة من الأم ثم تنتقل إلى العمات لأنهن يدلين بالأب وتقدم العمة من الأب والأم ثم العمة من الأب ثم العمة من الأم وعلى قياس قول المزنى وأبى العباس تقدم الخالة والعمة من الأم على الخالة والعمة من الأب .

(فصل) وإن اجتمع الرجال وهم من أهل الحضانة وليس معهم نساء قدم الأب لأن له ولادة وفضل شفقة ثم تنتقل إلى آبائه الأقرب فالأقرب لمشاركتهم الأب فى الولادة والتعصيب فإن عدم الأجداد انتقلت إلى من بعدهم من العصبات ومن أصحابنا من قال لا يثبت لغير الآباء والأجداد من العصبات لأنه لا معرفة لهم فى الحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم تكن لهم حضانة كالأجانب والمنصوص هو الأول والدليل عليه ما روى البراء بن عازب رضى الله عنه أنه اختصم فى بنت حمزة على وجعفر وزيد بن حارثة رضى الله عنهم فقال على عليه الصلاة والسلام أنا أحق بها وهى بنت عمى وقال جعفر ابنة عمى وخالتها عندى وقال زيد بنت أخى فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم ولو لم يكن ابن العم من أهل الحضانة لأنكر النبى صلى الله عليه وسلم على جعفر وعلى على رضى الله عنهما ادعاءهما الحضانة بالعمومة ولأن له تعصيبا بالقرابة فثبتت له الحضانة كالأب والجد فعلى هذا تنتقل إلى الأخ من الأب والأم ثم إلى الأخ من الأب ثم إلى ابن الأخ من الأب والأم ثم إلى ابن الأخ من الأب ثم إلى العم من الأب والأم ثم إلى العم من الأب ثم إلى ابن العم من الأب والأم ثم إلى ابن العم من الأب لأن الحضانة تثبت لهم بقوة قرابتهم بالارث فقدم من تقدم فى الارث

(فصل) وإن اجتمع الرجال والنساء والجميع من أهل الحضانة نظرت فان اجتمع الأب مع الأم كانت الحضانة للأم لأن ولادتها متحققة وولادة الأب مظنونة ولأنها اختصت بالحمل والوضع ولها معرفة بالحضانة فقدمت على الأب فان اجتمع مع أم الأم وإن علت كانت الحضانة لأم الأم لأنها كالأم فى تحقق الولادة والميراث ومعرفة الحضانة وإن اجتمع مع أم نفسه أو مع الأخت من الأب أو مع العمة قدم عليهن لأنهن يدلين به فقدم عليهن وإن اجتمع الأب مع الأخت من الأم أو الخالة ففيه وجهان أحدهما أن الأب أحق وهو ظاهر النص لأن الأب له ولادة وإرث فقدم على الأخت والخالة كالأم والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه يقدم الأخت والخالة على الأب لأنهما من أهل الحضانة والتربية ويدليان بالأم فقدمتا على الأب كأمهات الأم وإن اجتمع الأب وأم الأب والأخت من الأم أو الخالة بنينا على القولين فى الأخت من الأم والخالة إذا اجتمعا مع أم الأب فإن قلنا بقوله القديم إن الأخت والخالة يقدمان على أم الأب قدمت الأخت والخالة على الأب وأم الأب وإن قلنا بقوله الجديد إن أم الأب تقدم على الأخت والخالة بنينا على الوجهين فى الأب إذا اجتمع مع الأخت من الأم أو الخالة فإن قلنا بظاهر النص إن الأب يقدم عليهما كانت الحضانة للأب لأنه يسقط الأخت والخالة وأم نفسه فانفرد بالحضانة وإن قلنا بالوجه الآخر إن الحضانة للأخت والخالة فى هذه المسئلة وجهان أحدهما أن الحضانة للأخت والخالة لأن أم الأب تسقط بالأب والأب يسقط بالأخت والخالة والثانى أن الحضانة

(قوله ركضن الولد) الركض تحرك الرجل ومنه قوله تعالى «اركض برجلك» وأراد أنهم ركضوا بأرجلهم فى رحم واحدة أى حركوها جميعا

للأب وهو قول أبي سعيد الاصطخري رحمة الله عليه لأن الأخت والخالة يسقطان بأم الأب ثم تسقط أم الأب بالأب فتصير الحضانة للأب ويجوز أن يمنع الشخص غيره من حق ثم لا يحصل له ما منع منه غيره كالأخوين مع الأبوين فإنهما يحجبان الأم من الثلث إلى السدس ثم لا يحصل لهما ما منعناه بل يصير الجميع للأب وإن اجتمع الجد أب الأب مع الأم أو مع أم الأم وإن علت قدمت عليه كما تقدم على الأب وإن اجتمع مع أم الأب قدمت عليه لأنها تساويه في الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما قدمت الأم على الأب وإن اجتمع مع الخالة أو مع الأخت من الأم ففيه وجهان كما لو اجتمعتا مع الأب وإن اجتمع مع الأخت من الأب ففيه وجهان أحدهما أن الجد أحق لأنه كالأب في الولادة والتعصيب فكذلك في التقدم على الأخت والثاني أن الأخت أحق لأنها تساويه في الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة .

(فصل) وإن عدم الأمهات والآباء ففيه ثلاثة أوجه أحدها أن النساء أحق بالحضانة من العصبات فتكون الأخوات والخالات ومن أدلى بهن من البنات أحق من الاخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم لاختصاصهن بمعرفة الحضانة والتربية والثاني أن العصبات أحق من الأخوات والخالات والعمات ومن يدلي بهن لاختصاصهم بالنسب والقيام بتأديب الولد والثالث أنه إن كان العصبات أقرب قدموا وإن كان النساء أقرب قدمن وإن استويا في القرب قدمت النساء لاختصاصهن بالتربية وإن استوى اثنان في القرابة والإدلاء كالأخوين أو الأختين أو الخالتين أو العمتين أقرع بينهما لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ولا مزية لإحداهما على الأخرى فوجب التقديم بالقرعة وإن عدم أهل الحضانة من العصبات والنساء وله أقارب من رجال ذوي الأرحام ومن يدلي بهم ففيه وجهان أحدهما أنهم أحق من السلطان لأن لهم رحما فكانوا أحق من السلطان كالعصبات والثاني أن السلطان أحق بالحضانة لأنه لا حق لهم مع وجود غيرهم فكان السلطان أحق منهم كما قلنا في الميراث وإن كان للطفل أبوان فثبتت الحضانة للأم فامتنعت منها فقد ذكر أبو سعيد الاصطخري فيه وجهين أحدهما أن الحضانة تنتقل إلى أم الأم كما تنتقل إليها بموت الأم أو جنونها أو فسقها أو كفرها والثاني أنها تكون للأب لأن الأم لم يبطل حقها من الحضانة لأنها لو طالبت بها كانت أحق فلم تنتقل إلى من يدلي بها .

(فصل) وإن افترق الزوجان ولهما ولد له سبع سنين أو ثمان سنين وهو مميز وتنازعا كفالته خير بينهما لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به فان اختارهما أقرع بينهما لأنه لا يمكن اجتماعهما على كفالته ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجب التقديم بالقرعة وإن لم يختر واحدا منهما أقرع بينهما لأنه لا يمكن تركه وحده ما لم يبلغ لأنه يضيع ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجبت القرعة وإن اختار أحدهما نظرت فان كان ابنا فاختار الأم كان عندها بالليل ويأخذه الأب بالنهار ويسلمه في مكتب أو صنعة لأن القصد حظ الولد وحظ الولد فيما ذكرناه وإن اختار الأب كان عنده بالليل والنهار ولا يمنعه من زيارة أمه لأن المنع من ذلك إغراء بالعقوق وقطع الرحم فإن مرض كانت الأم أحق بتمريضه لأن بالمرض صار كالصغير في الحاجة إلى من يقوم بأمره فكانت الأم أحق به وإن كانت جارية فاختارت أحدهما كانت عنده بالليل والنهار ولا يمنع الآخر من زيارتها من غير إطالة وتبسط لأن الفرقة بين الزوجين تمنع من تبسط أحدهما في دار الآخر وإن مرضت كانت الأم أحق بتمريضها في بيتها وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته لما ذكرناه وإن اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر حول إليه وإن عاد فاختار الأول

(قوله لا مزية لإحداهما) أي لا أفضلية . والكفالة بالولد أن يعوله ويقوم بأمره ومنه قوله تعالى «وكفلها زكريا» (قوله بئر أبي عنبة) بالنون والباء على ميل من المدينة قال ابن الجوزي أبو عنبة عبد الله بن عنبة من الصحابة ليس فيهم أبو عنبة غيره : قال في المؤتلف والمختلف أبو عنبة الجولاني له صحبة (قوله و سلمه في مكتب) قال الجوهري الكتاب والمكتب واحد والجمع الكتاتيب والمكاتب وأراد موضع تعليم الكتابة (قوله إغراء بالعقوق) الاغراء الالصاق بالغراء المعروف كأنه جعله سببا لوقوع العقوق ولصوقا به (قوله وتبسط) التبسط والانبساط ترك الاحتشام ، وتبسط في البلاد سافر فيها طولا وعرضا وأصله السعة وذلك محرم على من طاق

أعيد إليه لأن الاختيار إلى شهوته وقد يشتهى المقام عند أحدهما فى وقت وعند الآخر فى وقت فاتبع مايشتهيه كما يتبع مايشتهيه من مأكول ومشروب وإن لم يكن له أب وله أم وجد خير بينهما لأن الجد كالأب فى الحضانة فى حق الصغير فكان كالأب فى التخيير فى الكفالة فان لم يكن له أب ولا جد فان قلنا إنه لاحق لغير الأب والجد فى الحضانة ترك مع الأم إلى أن يبلغ وإن قلنا بالمنصوص إن الحضانة تثبت للعصبة فان كانت العصبة محرما كالعم والأخ وابن الأخ خير بينهم وبين الأم لما روى عامر بن عبدالله قال خاصم عمى أمى وأراد أن يأخذنى فاختصما إلى على بن أبى طالب كرم الله وجهه فخيرنى على ثلاث مرات فاخترت أمى فدفعنى إليها فإن كان العصبة ابن عم فان كان الولد ابنا خير بينه وبين الأم وإن كانت بنتا كانت عند الأم إلى أن تبلغ ولا تخير بينهما لأن ابن العم ليس بمحرم لها ولا يجوز أن تسلم إليه :

(فصل) وإن افترق الزوجان ولهما ولد فأراد أحدهما أن يسافر بالولد فان كان السفر مخوفا أو البلد الذى يسافر إليه مخوفا فالمقيم أحق به فان كان مميزا لم يخير بينهما لأن فى السفر تغريرا بالولد وإن كان السفر مسافة لاتقصر فيها الصلاة كانا كالمقيمين فى حضانة الصغير ويخير المميز بينهما لأنهما يستويان فى انتفاء أحكام السفر من القصر والفطر والمسح فصارا كالمقيمين فى محلتين فى بلد واحد وإن كان السفر لحاجة لا لنقلة كان المقيم أحق بالولد لأنه لاحظ للولد فى حمله ورده وإن كان السفر للنقلة إلى موضع يقصر فيه الصلاة من غير خوف فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المسافر لأن فى الكون مع الأم حضانة وفى الكون مع الأب حفظ النسب والتأديب وفى الحضانة يقوم غير الأم مقامها وفى حفظ النسب لايقوم غير الأب مقامه فكان الأب أحق وإن كان المسافر هو الأب فقالت الأم يسافر لحاجة فأنا أحق وقال الأب أسافر للنقلة فأنا أحق فالقول قول الأب لأنه أعرف بنيته وبالله التوفيق

﴿ كتاب الجنايات ﴾

(باب تحريم القتل)

ومن يجب عليه القصاص ومن لا يجب عليه : القتل بغير حق حرام وهو من الكبائر العظام والدليل عليه قوله عز وجل «ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما» وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا وروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «لو أن أهل السموات والأرض اشتركوا فى قتل مؤمن لعذبهم الله عز وجل إلا أن لا يشاء ذلك» :

(فصل) ويجب القصاص بجناية العبد وهو أن يقصد الإصابة بما يقتل غالبا فيقتله والدليل عليه قوله تعالى «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص» وقوله تعالى «كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد» الآية وقوله تعالى «ولكم فى القصاص حياة ياأولى الألباب» وروى عثمان رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لايحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث الزانى المحصن والمرتد عن دينه وقاتل النفس ولأنه لو لم يجب القصاص أدى ذلك إلى سفك الدماء وهلاك الناس ولا يجب بجناية الخطأ وهو أن يقصد غيره فيصيبه فيقتله لقوله عليه السلام

(قوله تغريرا بالولد) أى خطرا من غير يقين بالسلامة :

(ومن كتاب الجنايات)

(قوله لعذبهم الله إلا أن لايشاء ذلك) معناه إلا أن لايشاء ولى المقتول (قوله كتب عليكم القصاص) أى فرض وأوجب ومثله وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله كتب عليكم الصيام وكتب عليكم القتال . والقصاص والقصص اتباع الأثر ، يقال قص أثره يقصه ، إذا تبعه ومنه قوله تعالى «وقالت لأخته قصيه» أى اتبعيه وقوله تعالى «فارتدا على آثارهما قصصا» فكأن المقتص يتبع أثر جناية الجانى فيجرحه مثلها . والقصاص أيضا المماثلة ومنه أخذ القصاص لأنه يجرحه مثل جرحه أو يقتله به وقيل أصله من القص وهو القطع لأن المقتص يقطع من يديه مثل ماقطع الجانى ومنه سمى الجلم مقصا وسمى القود قودا لأن الجانى يقاد إلى أولياء المقتول فيقتلونه به إن شاءوا : وقيل هو المماثلة

رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلا يستحق مع الخطأ ولا يجب فى عمد الخطأ وهو أن يقصد الإصابة بما لا يقتل غالبا فيموت منه لأنه لم يقصد القتل فلا يجب عليه عقوبة القتل كما لا يجب حد الزنا فى وطء الشبهة حيث لم يقصد الزنا .

(فصل) ولا يجب القصاص على صبى ولا مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولأنه عقوبة مغلظة فلم يجب على الصبى والمجنون كالحدود والقتل بالكفر وفى السكران طريقان من أصحابنا من قال يجب عليه القصاص قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان وقد بيناه فى كتاب الطلاق :

(فصل) ويقتل المسلم بالمسلم والذمى بالذمى والحر بالحر والعبد بالعبد والذكر بالذكر والأنثى بالأنثى لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ويقتل الذمى بالمسلم والعبد بالحر والأنثى بالذكر لأنه إذا قتل كل واحد منهم بمن هو مثله فلأن يقتل بمن هو أفضل منه أولى ويقتل الذكر بالأنثى لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن أن الرجل يقتل بالمرأة ولأن المرأة كالرجل فى حد القذف فكانت كالرجل فى القصاص :

(فصل) ولا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر ولا على الحر بقتل العبد لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال من السنة أن لا يقتل مسلم بكافر ومن السنة أن لا يقتل حر بعبد فإن جرح ذمى ذميا ثم أسلم الجانى أو جرح عبد عبدا ثم أعتق الجانى اقتص منه لأنهما متكافئان منه حال الوجوب والاعتبار بحال الوجوب لأن القصاص كالحد والحد يعتبر بحال الوجوب بدليل أنه إذا زنى وهو بكر ثم أحصن أقيم عليه حد البكر ولو زنى وهو عبد ثم أعتق أقيم عليه حد العبد فوجب أن يعتبر القصاص أيضا بحال الوجوب وإن قطع مسلم يد ذمى ثم أسلم ثم مات أو قطع حر يد عبد ثم أعتق ثم مات لم يجب القصاص لأن التكافؤ معدوم عند وجود الجناية فان جرح مسلم مسلما ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات فان أقام فى الردة زمانا يسرى الجرح فى مثله لم يجب القصاص لأن الجناية فى الإسلام توجب القصاص والسراية فى الردة تسقط القصاص فغلب الاسقاط كما لو جرح جرحا عمدا وجرحا خطأ فان لم يقم فى الردة زمانا يسرى فيه الجرح ففيه قولان أحدهما لا يجب فيه القصاص لأنه أتى عليه زمان لو مات فيه لم يجب القصاص فسقط والثانى يجب القصاص وهو الصحيح لأن الجناية والموت وجدا فى حال الإسلام وزمان الردة لم يسر فيه الجرح فكان وجوده كعدمه وإن قطع يده ثم ارتد ثم مات ففيه قولان أحدهما يسقط القصاص فى الطرف لأنه تابع للنفس فاذا لم يجب القصاص فى النفس لم يجب فى الطرف والثانى وهو الصحيح أنه يجب لأن القصاص فى الطرف يجب مستقرا فلا يسقط بسقوطه فى النفس والدليل عليه أنه لو قطع طرف إنسان ثم قتله من لا قصاص عليه لم يسقط القصاص فى الطرف وإن سقط فى النفس .

(فصل) وإن قتل مرتد ذميا ففيه قولان أحدهما أنه يجب القصاص وهو اختيار المزنى لأنهما كافران فجرى القصاص بينهما كالذميين والثانى أنه لا يجب لأن حرمة الإسلام باقية فى المرتد بدليل أنه يجب عليه قضاء العبادات ويحرم استرقاقه وإن كانت امرأة لم يجز للذمى نكاحها فلا يجوز قتله بالذمى وإن جرح مسلم ذميا ثم ارتد الجانى ثم مات المجنى عليه لم يجب القصاص قولا واحدا لأنه عدم التكافؤ فى حال الجناية فلم يجب القصاص وإن وجد التكافؤ بعد ذلك كما لو جرح حر عبدا ثم أعتق العبد وإن قتل ذمى مرتدا فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال يجب عليه القصاص إن كان القتل عمدا والدية إن كان خطأ لأن الذمى لا يقتل المرتد تدينا وإنما يقتله عنادا فأشبه إذا قتل مسلما وقال أبو إسحاق لا يلزمه قصاص ولا دية وهو الصحيح لأنه مباح الدم فلم يضمن بالقتل كما لو قتله مسلم وقال أبو سعيد الاصطخرى إن قتله عمدا وجب القصاص لأنه قتله عنادا وإن قتله خطأ لم تلزمه الدية لأنه لا حرمة له :

(فصل) وإن حبس السلطان مرتدا فأسلم وخلاه فقتله مسلم لم يعلم باسلامه ففيه قولان أحدهما لا قصاص عليه لأنه لم

(قوله التكافؤ) الكفء هو النظير والكفاءة بالفتح . والمد يقال فلان ليس له كفؤ أى نظير ومماثل وقد ذكر فى النكاح
(قوله عنادا) عانده معاندة وعنادا أى عارضه : وعند يعند بالكسر عنودا أى خالف ورد الحق وهو يعرفه فهو عنيد وعاند

يقصد قتل من يكافئه والثانى يجب عليه القصاص لأن المرتد لايخلى إلا بعد الإسلام فالظاهر أنه مسلم فوجب القصاص بقتله وإن قتل المسلم الزانى المحصن ففيه وجهان أحدهما يجب عليه القصاص لأن قتله لغيره فوجب عليه القصاص بقتله كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم والثانى لايجب وهو المنصوص لأنه مباح الدم فلا يجب القصاص بقتله كالمرتد :

(فصل) ولا يجب القصاص على الأب بقتل ولده ولا على الأم بقتل ولدها لما روى عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لايقاد الأب من ابنه فاذا ثبت هذا فى الأب ثبت فى الأم لأنها كالأب فى الولادة ولا يجب على الجد وإن علا ولا على الجدة وإن علت بقتل ولد الولد وإن سفل لمشاركتهم الأب والأم فى الولادة وأحكامها وإن ادعى رجلان نسب لقيط ثم قتلاه قبل أن يلحق نسبه بأحدهما لم يجب القصاص لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون هو الأب وإن رجعا فى الدعوى لم يقبل رجوعهما لأن النسب حق وجب عليهما فلا يقبل رجوعهما فيه بعد الإقرار وإن رجع أحدهما وجب عليه القصاص لأنه ثبتت الأبوة للآخر وانقطع نسبه من الراجع وإن اشترك رجلان فى وطء امرأة وأتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما وقتلاه قبل أن يلحق بأحدهما لم يجب القصاص وإن أنكر أحدهما النسب لم يقبل إنكاره ولم يجب عليه القصاص لأن بانكاره لاينقطع النسب عنه ولا يلحق بالآخر بخلاف المسئلة قبلها فان هناك لحق النسب الآخر وانقطع عن الراجع وإن قتل زوجته وله منها ابن لم يجب عليه القصاص لأنه إذا لم يجب له عليه بجنايته عليه فلا يجب له عليه بجنايته على أمه وإن كان لها ابنان أحدهما منه والآخر من غيره لم يجب عليه القصاص لأن القصاص لايتبعض فاذا سقط نصيب ابنه سقط نصيب الآخر كما لو وجب لرجلين على رجل قصاص فعفا أحدهما عن حقه وإن اشترى المكاتب أباه وعنده عبد فقتل أبوه العبد لم يجز للمكاتب أن يقتص منه لأنه إذا لم يجب له القصاص عليه بجنايته عليه لم يجب بجنايته على عبده :

(فصل) ويقتل الابن بالأب لأنه إذا قتل بمن يساويه فلأن يقتل بمن هو أفضل منه أولى وإن جنى المكاتب على أبيه وهو فى ملكه ففيه وجهان أحدهما لايقتص منه لأن المولى لايقتص منه لعبده والثانى يقتص منه وإليه أومأ الشافعى رحمه الله فى بعض كتبه لأن المكاتب ثبت له حق الحرية بالكتابة وأبوه ثبت له حق الحرية بالابن ولهذا لايملك بيعه فصار كالابن الحر إذا جنى على أبيه الحر .

(فصل) وإن قتل مسلم ذميا أو قتل حر عبدا أو قتل الأب ابنه فى المحاربة ففيه قولان أحدهما لايجب عليه القصاص لما ذكرناه من الأخبار ولأن من لايقتل بغيره إذا قتله فى غير المحاربة لم يقتل به إذا قتله فى المحاربة كالمخطىء والثانى أنه يجب لأن القتل فى المحاربة تأكد لحق الله تعالى حتى لايجوز فيه عفو الولى فلم يعتبر فيه التكافؤ كحد الزنا :

(فصل) وتقتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا فى قتله وهو أن يجنى كل واحد منهم جناية لو انفرد بها ومات أضيف القتل إليه ووجب القصاص عليه والدليل عليه ما روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قتل سبعة أنفس من أهل صنعاء قتلوا رجلا وقال لو تمالأ فيه أهل صنعاء لقتلتهم ولأنا لو لم نوجب القصاص عليهم جعل الاشتراك طريقا إلى إسقاط القصاص وسفك الدماء فان اشترك جماعة فى القتل وجناية بعضهم عمد وجناية البعض خطأ لم يجب القصاص على واحد منهم لأنه لم يتمحض قتل العمد فلم يجب القصاص وإن اشترك الأب والأجنبى فى قتل الابن وجب القصاص على الأجنبى لأن مشاركة الأب لم تغير صفة العمد فى القتل فلم يسقط القود عن شريكه كمشاركة غير الأب وإن اشترك صبى وبالغ فى القتل فان قلنا إن عمد الصبى خطأ لم يجب القصاص على البالغ لأن شريكه مخطىء وإن قلنا إن عمده عمد وجب لأن شريكه عامد فهو كشريك الأب وإن جرح رجل نفسه وجرحه آخر أو جرحه سبع وجرحه آخر ومات ففيه قولان أحدهما يجب القصاص على الجارح لأنه شاركه فى القتل عامدا فوجب عليه القصاص كشريك الأب والثانى لايجب لأنه إذا لم يجب على شريك المخطىء وجنايته مضمونة فلأن لايجب على شريك

(قوله لو تمالأ فيه أهل صنعاء) يقال تمالأوا على الأمر اجتمعوا عليه . ومالأت فلانا على الأمر ممالأة ساعدته عليه وشايعته : قال على كرم الله وجهه والله ما قتلت عثمان ولا مالأت على قتله (قوله لم يتمحض) أى لم يخلص : المحض الخالص من كل شىء :

الجارح نفسه والسبع وجنايتهما غير مضمونة أولى وإن جرحه رجل جراحة وجرحه آخر مائة جراحة وجب القصاص عليهما لأن الجرح له سراية فى البدن وقد يموت من جرح واحد ولا يموت من جراحات فلم تمكن إضافة القتل إلى واحد بعينه ولا يمكن إسقاط القصاص فوجب على الجميع وإن قطع أحدهما يده وحز الآخر رقبته أو قطع حلقومه ومريئه أوشق بطنه فأخرج حشوته فالأول قاطع يجب عليه ما يجب على القاطع والثانى قاتل لأن الثانى قطع سراية القطع فصار كما لو اندمل الجرح ثم قتله الآخر وإن قطع أحدهما حلقومه ومريئه أوشق بطنه وأخرج حشوته ثم حز الآخر رقبته فالقاتل هو الأول لأنه لا تبقى بعد جنايته حياة مستقرة وإنما يتحرك حركة مذبوح ولهذا يسقط حكم كلامه فى الإقرار والوصية والإسلام والتوبة وإن أجافه جائفة يتحقق الموت منها إلا أن الحياة فيه مستقرة ثم قتله الآخر كان القاتل هو الثانى لأن حكم الحياة باق ولهذا أوصى عمر رضى الله عنه بعد ماسقى اللبن وخرج من الجرح ووقع الإياس منه فعمل بوصيته فجرى مجرى المريض المأيوس منه إذا قتل وإن جرحه رجل فداوى جرحه بسم غير موح إلا أنه يقتل فى الغالب أو خاط جرحه فى لحم حى أو خاف التأكل فقطعه فمات ففى وجوب القتل على الجانى طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما يجب عليه القتل والثانى لا يجب لأنه شاركه فى القتل من لا ضمان عليه فكان فى قتله قولان كالجارح إذا شاركه المجروح أو السبع فى الجرح ومنهم من قال لا يجب عليه القتل قولا واحداً لأن المجروح ههنا لم يقصد الجناية وإنما قصد المداواة فكان فعله عمد خطأ فلم يجب القتل على شريكه والمجروح هناك والسبع قصدا الجناية فوجب القتل على شريكهما وإن كان على رأس مولى عليه سلعة فقطعها وليه أو جرحه رجل فداواه الولى بسم غير موح أو خاط جرحه فى لحم حى ومات ففيه قولان أحدهما يجب على الولى القصاص لأنه جرح جرحاً مخوفاً فوجب عليه القصاص كما لو فعله غير الولى والثانى لا قصاص عليه لأنه لم يقصد الجناية وإنما قصد المداواة وله نظر فى مداواته فلم يجب عليه القصاص فإن قلنا يجب عليه القصاص وجب على الجارح لأنهما شريكان فى القتل وإن قلنا لا قصاص عليه لم يجب على الجارح لأنه شارك من فعله عمد خطأ .

(باب ما يجب به القصاص من الجنايات)

إذا جرحه بما يقطع الجلد واللحم كالسيف والسكين والسنان أو بما حدد من الخشب والحجر والزجاج وغيرها أو بما له مور وبعد غور كالمسلة والنشاب وما حدد من الخشب والقصب ومات منه وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالباً وإن غرز فيه إبرة فإن كان فى مقتل كالصدر والخاصرة والعين وأصول الأذن فمات منه وجب عليه القود لأن الإصابة بها فى المقتل كالإصابة بالسكين والمسلة فى الخوف عليه وإن كان فى غير مقتل كالألية والفخذ نظرت فإن بقى منه ضمنا إلى أن مات وجب عليه القود لأن الظاهر أنه مات منه وإن مات فى الحال ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحاق أنه يجب عليه القود لأن له غوراً وسراية فى البدن وفى البدن مقاتل خفية والثانى وهو قول أبى العباس وأبى سعيد الاصطخرى أنه لا يجب لأنه لا يقتل فى الغالب فلا يجب به القود كما لو ضربه بمثقل صغير ولأن فى المثقل فرقاً بين الصغير والكبير فكذلك فى المحدد .

(قوله فأخرج حشوته) الحشوة هى الأمعاء يقال حشوة وجشوة بالضم والكسر (قوله حلقومه) هو مجرى النفس وهو القصبة والمرىء مدخل الطعام والشراب (قوله غير موح) أى غير مسرع والوحا السرعة (قوله وإن كان على رأس مولى عليه سلعة) السلعة بالكسر زيادة فى البدن كالجوزة وتكون فى مقدار حمصة إلى بطيخة . والسلعة بالفتح هى الجراحة (قوله بما له مور وبعد غور) يقال مار السنان فى المطعون إذا قطعه ودخل فيه قال الشاعر :

وأنتم أناس تغمضون من القنا ... إذا مار فى أكتافكم وتأطرا

ويقولون فلان لا يدرى ماسائر من مائر فالمائر السيف القاطع الذى يمور فى الضريبة مورا . والسائر بيت الشعر المروى المشهور ويقال أيضاً مار الدم على وجه الأرض وأماره غيره قال : ٭ ومار دم من جار بيته نافع ٭ ومار أيضاً إذا تحرك وجاء وذهب ، ومنه قوله تعالى «يوم تمور السماء مورا» . وغور كل شىء قعره قال الحربى غور كل شىء بعده كالماء الغائر الذى لا يقدر عليه يقال هو بعيد الغور (قوله وإن بقى ضمنا) هو الذى به الزمانة فى جسده من بلاء أو كسر وغيره يقال ضمن ضمنا بالتحريك .

(فصل) وإن ضربه بمثقل نظرت فإن كان كبيرا من حديد أو خشب أو حجر فمات منه وجب عليه القود لما روى أنس رضى الله عنه أن يهوديا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين ولأنه يقتل غالبا فلو لم يجب فيه القود جعل طريقا إلى إسقاط القصاص وسفك الدماء وإن قتله بمثقل صغير لا يقتل مثله كالحصاة والقلم فمات لم يجب القود ولا الدية لأنا نعلم أنه لم يمت من ذلك وإن كان بمثقل قد يموت منه وقد لا يموت كالعصا فإن كان فى مقتل وفى مريض أو فى صغير أو فى حر شديد أو فى برد شديد أو والى عليه الضرب فمات وجب عليه القود لأن ذلك يقتل غالبا فوجب القود فيه وإن رماه من شاهق أو رمى عليه حائطا فمات وجب القود فيه لأن ذلك يقتل فى الغالب وإن خنقه خنقا شديدا أو عصر خصيتيه عصرا شديدا أو غمه بمخدة أو وضع يده على فيه ومنعه التنفس إلى أن مات وجب القود لأن ذلك يقتل فى الغالب وإن خنقه ثم خلاه وبقى منه متألما إلى أن مات وجب القود لأنه مات من سراية جنايته فهو كما لو جرحه وتألم منه إلى أن مات وإن تنفس وصح ثم مات لم يجب القود لأن الظاهر أنه لم يمت منه فلم يجب القود كما لو جرحه واندمل الجرح ثم مات :

(فصل) وإن طرحه فى نار أو ماء ولا يمكنه التخلص منه لكثرة الماء والنار أو لعجزه عن التخلص بالضعف أو بأن كتفه وألقاه فيه ومات وجب القود لأنه يقتل غالبا وإن ألقاه فى ماء يمكنه التخلص منه فالتقمه حوت لم يجب القود لأن الذى فعله لا يقتل غالبا وإن كان فى لجة لا يتخلص منها فالتقمه حوت قبل أن يصل إلى الماء ففيه قولان أحدهما يجب القود لأنه ألقاه فى مهلكة فهلك والثانى لا يجب لأن هلاكه لم يكن بفعله :

(فصل) وإن حبسه ومنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها من غير طعام ولا شراب فمات وجب عليه القود لأنه يقتل غالبا وإن أمسكه على رجل ليقتله فقتله وجب القود على القاتل دون الممسك لما روى أبو شريح الخزاعى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال إن من أعتى الناس على الله عز وجل من قتل غير قاتله أو طلب بدم الجاهلية فى الإسلام أو بصر عينيه فى النوم مالم تبصره وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ليقتل القاتل ويصبر الصابر ولأنه سبب غير ملجىء ضامه مباشرة فتعلق الضمان بالمباشرة دون السبب كما لو حفر بئرا فدفع فيها آخر رجلا فمات .

(فصل) وإن كتف رجلا وطرحه فى أرض مسبعة أو بين يدى سبع فقتله لم يجب القود لأنه سبب غير ملجىء فصار كمن أمسكه على من يقتله فقتله وإن جمع بينه وبين السبع فى زبية أو بيت صغير ضيق فقتله وجب عليه القود لأن السبع يقتل إذا اجتمع مع الآدمى فى موضع ضيق وإن كتفه وتركه فى موضع فيه حيات فنهسته فمات لم يجب القود ضيقا كان المكان أو واسعا لأن الحية تهرب من الآدمى فلم يكن تركه معها ملجئا إلى قتله وإن أنهشه سبعا أو حية يقتل مثلها غالبا فمات منه وجب عليه القود لأنه ألجأه إلى قتله وإن كانت حية لا يقتل مثلها غالبا ففيه قولان أحدهما يجب القود لأن جنس الحيات يقتل غالبا والثانى لا يجب لأن الذى ألسعه لا يقتل غالبا .

(فصل) وإن سقاه سما مكرها فمات وجب عليه القود لأنه سبب يقتل غالبا فهو كما لو جرحه جرحا يقتل غالبا وإن خلطه بطعام وتركه فى بيته فدخل رجل فأكله ومات لم يجب عليه القود كما لو حفر بئرا فى داره فدخل رجل بغير إذنه فوقع فيها ومات وإن قدمه إليه أو خلطه بطعام الرجل فأكله فمات ففيه قولان أحدهما لا يجب عليه القود لأنه أكله باختياره فصار كما لو قتل نفسه بسكين

(قوله على أوضاح لها) الأوضاح الحلى من الدراهم الصحاح قاله الجوهرى . وقال أبو عبيد يعنى حلى فضة مأخوذ من الوضح وهو البياض (قوله غمه بمخدة) غممته غطيته فانغم : وإن ألقاه فى لجة ، لجة الماء معظمه وكذلك اللج ومنه « بحر لجى » (قوله إن من أعتى الناس على الله) يقال عتى يعتو عتيا أى تكبر وتجبر فهو عات ، ومنه قوله تعالى « وعتوا عتوا كبيرا » : قال فى التفسير تجبروا وعصوا (قوله ويصبر الصابر) معناه يحبس الحابس . والصبر هو الحبس . والصبر حبس النفس عند الجزع ومنه قوله تعالى واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم ومعناه يحبس الذى حبسه للموت حتى يموت كما مات (قوله فى أرض مسبعة) بالفتح أى ذات سباع (قوله فى زبية) هى حفرة تحفر لينشب فيها السبع وجمعها زبى وفيها لغتان الضم والكسر (قوله حيات فنهسته) بالسين المهملة يقال نهس اللحم أخذه بمقدم الأسنان : ونهس الحية عضها قال الراجز :

وذات قرنين طحون الضرس ... تنهس لو تمكنت من نهس

والثانى لما يجب روى أبو هريرة رضى الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة فأهدت إليه يهودية بخيبر شاة مصلية فأكل منها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ثم قال ارفعوا أيديكم فإنها قد أخبرتنى أنها مسمومة فأرسل إلى اليهودية فقال ما حملك على ما صنعت قالت قلت إن تكن نبيا لم يضرك الذى صنعت وإن كنت ملكا أرحت الناس منك فأكل منها بشر بن البراء ابن معرور فمات فأرسل إليها فقتلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مازلت أجد من الأكلة التى أكلت بخيبر فهذا أوان انقطاع أبهرى ولأنه سبب يفضى إلى القتل غالبا فصار كالقتل بالسلاح وإن سقاه سما وادعى أنه لم يعلم أنه قاتل ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه القود لأن السم يقتل غالبا والثانى لا يجب لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل وذلك شبهة فسقط بها القود .

(فصل) وإن قتله بسحر يقتل غالبا وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا فأشبه إذا قتله بسكين وإن كان مما يقتل ولا يقتل لم يجب القود لأنه عمد خطأ فهو كما لو ضربه بعصا فمات.

(فصل) وإن أكره رجل على قتل رجل بغير حق فقتله وجب القود على المكره لأنه تسبب إلى قتله بمعنى يفضى إلى القتل غالبا فأشبه إذا رماه بسهم فقتله وأما المكره ففيه قولان أحدهما لا يجب عليه القود لأنه قتله للدفع عن نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصده رجل ليقتله فقتله للدفع عن نفسه والثانى أنه يجب عليه القود وهو الصحيح لأنه قتله ظلما لاستبقاء نفسه فأشبه إذا اضطر إلى الأكل فقتله ليأكله وإن أمر الإمام بقتل رجل بغير حق فان كان المأمور لا يعلم أن قتله بغير حق وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص والدية على الإمام لأن المأمور معذور فى قتله لأن الظاهر أن الامام لا يأمر إلا بالحق وإن كان يعلم أنه يقتله بغير حق وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص أو الدية على المأمور لأنه لا يجوز طاعته فيما لا يحل والدليل عليه ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق وقد روى الشافعى رحمه الله أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه فصار كما لو قتله من غير أمره وإن أمره بعض الرعية بالقتل فقتل وجب على المأمور القود علم أنه يقتله بغير حق أو لم يعلم لأنه لا تلزمه طاعته فليس الظاهر أنه يأمره بحق فلم يكن له عذر فى قتله فوجب عليه القود وإن أمر بالقتل صبيا لا يميز أو أعجميا لا يعلم أن طاعته لا تجوز فى القتل بغير حق فقتل وجب القصاص على الآمر لأن المأمور ههنا كالآلة للآمر ولو أمره بسرقة مال فسرقه لم يجب الحد على الآمر لأن الحد لا يجب إلا بالمباشرة والقصاص يجب بالتسبب والمباشرة .

(فصل) وإن شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل فقتل بشهادتهما بغير حق ثم رجعا عن شهادتهما وجب القود على الشهود لما روى القاسم بن عبد الرحمن أن رجلين شهدا عند على كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وأغرمهما دية يده ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالبا فوجب عليهما القود كما لو جرحاه فمات .

(باب القصاص فى الجروح والأعضاء)

يجب القصاص فيما دون النفس من الجروح والأعضاء والدليل عليه قوله تعالى «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص» وروى أنس رضى الله عنه أن الربيع بنت النضر بن أنس كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الأرش فأبوا وطلبوا العفو فأبوا فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص فجاء أخوها أنس ابن النضر فقال يا رسول الله أتكسر ثنية الربيع والذى بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها فقال النبى صلى الله عليه وسلم كتاب الله القصاص قال فعفا القوم ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبر قسمه ولأن ما دون النفس كالنفس فى الحاجة إلى حفظه بالقصاص فكان كالنفس فى وجوب القصاص .

(فصل) ومن لا يقاد بغيره فى النفس لا يقاد به فيما دون النفس ومن اقتيد بغيره فى النفس اقتيد به فيما دون النفس لأنه لما

وقد ذكر . ويقال أيضا نهشته الحية بالشين ونهش اللحم أيضا : قال الزمخشرى الفرق أن النهس بأطراف الأسنان والنهش بالأضراس (قوله شاة مصلية) أى مشوية والصلاء والصلا يفتح فيقصر ويكسر فيمد ، ومنه قوله تعالى «سيصلى نارا ذات لهب» (قوله مازلت أجد من الأكلة) أى أشتكى والأكلة بالضم هى اللقمة (قوله فهذا أوان انقطاع أبهرى) الأبهر عرق إذا انقطع مات صاحبه وهما أبهران يخرجان من القلب ثم تتشعب منهما سائر الشرايين

كان مادون النفس كالنفس فى وجوب القصاص كان كالنفس فيما ذكرناه .

(فصل) وإن اشترك جماعة فى إبانة عضو دفعة واحدة وجب عليهم القصاص لأنه أحد نوعى القصاص فجاز أن يجب على الجماعة بالجناية مايجب على واحد كالقصاص فى النفس وإن تفرقت جناياتهم بأن قطع واحد بعض العضو وأبانه الآخر لم يجب القصاص على واحد منهما لأن جناية كل واحد منهما فى بعض العضو فلا يجوز أن يقتص منه فى جميع العضو .

(فصل) والقصاص فيمادون النفس فى شيئين فى الجروح وفى الأطراف فأما الجروح فينظر فيها فان كانت لاتنتهى إلى عظم كالجائفة وما دون الموضحة من الشجاج أوكانت الجناية على عظم ككسر الساعد والعضد والهاشمة والمنقلة لم يجب فيها القصاص لأنه لاتمكن المماثلة فيه ولايؤمن أن يستوفى أكثر من الحق فسقط فان كانت الجناية تنتهى إلى عظم فان كانت موضحة فى الرأس أوالوجه وجب فيها القصاص لأنه تمكن المماثلة فيه ويؤمن أن يستوفى أكثر من حقه وإن كانت فيماسوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ وجب فيها القصاص ومن أصحابنا من قال لايجب لأنه لما خالف موضحة الرأس والوجه فى تقدير الأرش خالفهما فى وجوب القصاص والمنصوص هو الأول لأنه يمكن استيفاء القصاص فيها من غير حيف لانتهائها إلى العظم فوجب فيها القصاص كالموضحة فى الرأس والوجه .

(فصل) وإن كانت الجناية موضحة وجب القصاص بقدرها طولا وعرضا لقوله عزوجل «والجروح قصاص» والقصاص هو المماثلة ولاتمكن المماثلة فى الموضحة إلا بالمساحة فى الطول والعرض فان كانت فى الرأس حلق موضعها من رأس الجانى وعلم على القدر المستحق بسواد أوغيره ويقتص منها فان كانت الموضحة فى مقدم الرأس أوفى مؤخره أو فى قزعته وأمكن أن يستوفى قدرها فى موضعها من رأس الجانى لم يستوف فى غيرها وإن كان قدرها يزيد على مثل موضعها من رأس الجانى استوفى بقدرها وإن جاوز الموضع الذى شجه فى مثله لأن الجميع رأس وإن كان قدرها يزيد على رأس الجانى لم يجز أن ينزل إلى الوجه والقفا لأنه قصاص فى غير العضو الذى جنى عليه ويجب فيما بقى الأرش لأنه تعذر فيه القصاص فوجب البدل فإن أوضح جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فللمجنى عليه أن يبتدئ بالقصاص من أى جانب شاء من رأس الجانى لأن الجميع محل للجناية وإن أراد أن يستوفى بعض حقه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره فقد قال بعض أصحابنا إنه لايجوز لأنه يأخذ موضحتين بموضحة قال الشيخ الإمام ويحتمل عندى أنه يجوز لأنه لايجاوز موضع الجناية ولاقدرها إلا أن يقول أهل الخبرة إن فى ذلك زيادة ضرر أو زيادة شين فيمنع لذلك وإن كانت الموضحة فى غير الوجه والرأس وقلنا بالمنصوص أنه يجب فيها القصاص اقتص فيها على ماذكرناه فى الرأس فإن كانت فى الساعد فزاد قدرها على ساعد الجانى لم ينزل إلى الكف ولم يصعد إلى العضد وإن كانت فى الساق فزادت على قدر ساق الجانى لم ينزل إلى القدم ولم يصعد إلى الفخذ كما لاينزل فى موضحة الرأس إلى الوجه والقفا .

(فصل) وإن كانت الجناية هاشمة أو منقلة أومأمومة فله أن يقتص فى الموضحة لأنها داخلة فى الجناية يمكن القصاص فيها ويأخذ الأرش فى الباقى لأنه تعذر فيه القصاص فانتقل إلى البدل .

(فصل) وأما الأطراف فيجب فيها القصاص فى كل ماينتهى منها إلى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص» ولأنه يمكن المماثلة فيها لانتهائها إلى مفصل فوجب فيها القصاص ولا يجوز أن يأخذ صحيحة بقائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه ويجوز أن يأخذ القائمة

(قوله الموضحة) هى التى تظهر وضح العظم أى بياضه (قوله من غير حيف) أى من غير جور : والحيف الجور والظلم وقد حاف عليه يحيف إذا جار (قوله قزعته) لعله موضع القزعة حيث يحلق منه بعضه ويترك بعضه وهو أعلاه (قوله منقلة) هى التى تنقل منها العظام وقيل تنقل العظم أى تكسره حتى تخرج منها فراش العظام : والمأمومة هى التى بلغت أم الدماغ وهى الجلدة التى تجمع الدماغ : ويقال أيضا أم الرأس (قوله القائمة) هى التى بياضها وسوادها صحيحان غير أن صاحبها لايبصر بها ولعلها الواقفة لأنها لاتطرف من قولهم قامت الدابة إذا وقفت

بالصحيحة لأنه يأخذ دون حقه، وإن أوضح رأسه فذهب ضوء عينه فالمنصوص أنه يجب فيه القصاص وقال فيمن قطع أصبع رجل فتآكل كفه أنه لاقصاص فى الكف فنقل أبو إسحاق قوله فى الكف إلى العين ولم ينقل قوله فى العين إلى الكف فقال فى ضوء العين قولان أحدهما لايجب فيه القصاص لأنه سراية فيما دون النفس فلم يجب فيه القصاص كما لو قطع أصبعه فتآكل الكف والثانى يجب لأنه لايمكن إتلافه بالمباشرة فوجب القصاص فيه بالسراية كالنفس ومن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما فقال يجب القصاص فى الضوء قولا واحدا ولا يجب فى الكف لأن الكف يمكن إتلافه بالمباشرة فلم يجب القصاص فيه بالسراية بخلاف الضوء.

(فصل) ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى «والجروح قصاص» ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى مفصل فوجب فيه القصاص ويؤخذ جفن البصير بجفن الضرير وجفن الضرير بجفن البصير لأنهما متساويان فى السلامة من النقص وعدم البصر نقص فى غيره.

(فصل) ويؤخذ الأنف بالأنف لقوله تعالى والأنف بالأنف ولا يجب القصاص فيه إلا فى المارن لأنه ينتهى إلى مفصل ويؤخذ الشام بالأخشم والأخشم بالشام لأنهما متساويان فى السلامة من النقص وعدم الشم نقص فى غيره ويؤخذ البعض بالبعض وهو أن يقدر ماقطعه بالجزء كالنصف والثلث ثم يقتص بالنصف والثلث من مارن الجانى ولا يؤخذ قدره بالمساحة لأنه قد يكون أنف الجانى صغيرا وأنف المجنى عليه كبيرا فإذا اعتبرت المماثلة بالمساحة قطعنا جميع المارن بالبعض وهذا لايجوز ويؤخذ المنخر بالمنخر والحاجز بين المنخرين بالحاجز لأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى مفصل ولا يؤخذ مارن صحيح بمارن سقط بعضه بجذام أو انخرام لأنه يأخذ أكثر من حقه فان قطع من سقط بعض مارنه مارنا صحيحا فللمجنى عليه أن يأخذ الموجود وينتقل فى الباقى إلى البدل لأنه وجد بعض حقه وعدم البعض فأخذ الموجود وانتقل فى الباقى إلى البدل وإن قطع الأنف من أصله اقتص من المارن لأنه داخل فى الجناية يمكن القصاص فيه وينتقل فى الباقى إلى الحكومة لأنه لايمكن القصاص فيه فانتقل فيه إلى البدل.

(فصل) وتؤخذ الأذن بالأذن لقوله عز وجل والأذن بالأذن ولأنه يمكن استيفاء القصاص فيه لانتهائه إلى حد فاصل تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم وأذن الأصم بأذن السميع لأنهما متساويان فى السلامة من النقص وعدم السمع نقص فى غيره ويؤخذ الصحيح بالمثقوب والمثقوب بالصحيح لأن الثقب ليس بنقص وإنما تثقب للزينة ويؤخذ البعض بالبعض على ماذكرناه فى الأنف ولا يؤخذ صحيح بمخزوم لأنه يأخذ أكثر من حقه ويؤخذ المخزوم بالصحيح ويؤخذ معه من الدية بقدر ماسقط منه لما ذكرناه فى الأنف ولا يؤخذ غير المستحشف بالمستحشف فيه قولان أحدهما أنه لايؤخذ كما لا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلاء والثانى يؤخذ لأنهما متساويان فى المنفعة بخلاف اليد الشلاء فانها لا تساوى الصحيحة فى المنفعة فإن قطع بعض أذنه وألصقه المقطوع فالتصق لم يجب القصاص لأنه لايمكن المماثلة فيما قطعه وإن قطع أذنه حتى جعلها معلقة على خده وجب القصاص لأن المماثلة فيه ممكنة بأن يقطع أذنه حتى تصير معلقة على خده وإن أبان أذنه فأخذه المقطوع وألصقه فالتصق لم يسقط القصاص لأن القصاص يجب بالابانة وماحصل من الالصاق لاحكم له لأنه يجب إزالته ولا تجوز الصلاة معه وإن قطع

(قوله المارن) مالان من الأنف وموصل إلى القضيب (قوله بالأخشم) الخشم داء يعترى الأنف فيمنع الشم يقال رجل أخشم بين الخشم ويقال رجل أخرم بين الخرم وهو الذى قطعت وترة أنفه أو طرف أنفه لا يبلغ الجدع. والوترة الحاجز بين المنخرين. والأخرم أيضا المثقوب الأذن وقد انخرم ثقبه أى انشق واستحشف المنقبض اليابس مأخوذ من حشف التمر وأول الشجاج الخارصة سميت خارصة لأنها تشق الجلد يقال خرص القصار الثوب إذا شقه وخرص المطر الأرض إذا قشرها. والباضعة التى تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى من بضعت اللحم إذا قطعته قطعا صغارا. والبضعة القطعة. والمتلاحمة الشجة التى أخذت فى اللحم ولم تبلغ السمحاق ولا فصل لها. والسمحاق التى بينها وبين العظم قشرة رقيقة وقد فسر فى الكتاب. والهاشمة التى تهشم العظم أى تكسره وترضه ولا تبينه. والهشم الكسر ومنه سمى هشيم الشجر لما تحطم منه قال الله كهشيم المحتظر. والاندمال هو برء الجرح يقال اندمل الجرح إذا تماثل وعلته آلة للبرء وأصله الاصلاح. دملت بين القوم أصلحت ودملت الأرض بالسرجين أصلحتها

أذنه فاقتص منه وأخذ الجانى أذنه فألصقه فالتصق لم يكن للمجنى عليه أن يطالبه بقطعه، لأنه اقتص منه بالإبانة وما فعله من الالصاق لاحكم له لأنه يستحق إزالته للصلاة وذلك إلى السلطان وإن قطع أذنه فقطع المجنى عليه بعض أذن الجانى فألصقه الجانى فالتصق فللمجنى عليه أن يعود فيقطعه لأنه يستحق الابانة ولم يوجد ذلك وإن جنى على رأسه فذهب عقله أو على أنفه فذهب شمه أو على أذنه فذهب سمعه لم يجب القصاص فى العقل والشم والسمع لأن هذه المعانى فى غير محل الجناية فلم يمكن القصاص فيها :

(فصل) وتؤخذ الشفة بالشفة وهو مابين جلد الذقن والخدين علوا وسفلا ومن أصحابنا من قال لا يجب فيه القصاص لأنه قطع لحم لا ينتهى إلى عظم فلم يجب فيه القصاص كالباضعة والمتلاحمة والصحيح هو الأول لقوله تعالى والجروح قصاص ولأنه ينتهى إلى حد معلوم يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص :

(فصل) وتؤخذ السن بالسن لقوله تعالى والسن بالسن ولما رويناه فى أول الباب فى حديث الربيع بنت النضر بن أنس ولأنه محدود فى نفسه يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص ولا يؤخذ سن صحيح بسن مكسور لأنه يأخذ أكثر من حقه ويؤخذ المكسور بالصحيح ويؤخذ معه من الدية بقدر ما انكسر منه لما ذكرناه فى الأنف والأذن ويؤخذ الزائد إذا اتفق محلهما لأنهما متساويان وإن قلع سنا زائدة وليس للجانى مثلها وجبت عليه الحكومة لأنه تعذر المثل فوجب البدل وإن كان له مثلها فى غير موضع المقلوع لم يؤخذ كما لا يؤخذ سن أصلى بسن أخرى وإن كسر نصف سنه وأمكن أن يقتص منه نصف سنه اقتص منه فان لم يمكن وجب بقدره من دية السن وإن وجب له القصاص فى السن فاقتص ثم نبت له مكانه سن آخر ففيه قولان أحدهما أن النابت هو المقلوع من جهة الحكم لأنه مثله فى محله فصار كما لو قلع سن صغير ثم نبت فعلى هذا يجب على المجنى عليه دية سن الجانى لأنه قلع سنه بغير سن والقول الثانى أن النابت هبة مجددة لأن الغالب أنه لا يستخلف فعلى هذا وقع القصاص موقعه ولا يجب عليه شيء للجانى وإن قلع سن رجل فاقتص منه ثم نبت للجانى سن فى مكان السن الذى اقتص منه فان قلنا إن النابت هبة مجددة لم يكن للمجنى عليه قلعه لأنه استوفى ما كان له وإن قلنا إن النابت هو المقلوع من جهة الحكم فهل يجوز للمجنى عليه قلعه فيه وجهان أحدهما أن له أن يقلعه ولو نبت ألف مرة لأنه أعدم السن فاستحق أن يعدم سنه والثانى ليس له قلعه لأنه يجوز أن يكون هبة مجددة ويجوز أن يكون هو المقلوع فلم يجز قلعه مع الشك *

(فصل) ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى «والجروح قصاص» ولأن له حدا ينتهى اليه فاقتص فيه فلا يؤخذ لسان الناطق بلسان الأخرس لأنه يأخذ أكثر من حقه ويؤخذ لسان الأخرس بلسان الناطق لأنه يأخذ بعض حقه وإن قطع نصف لسانه أو ثلثه اقتص من لسان الجانى فى نصفه أو ثلثه وقال أبو إسحاق لا يقتص منه لأنه لا يأمن أن يجاوز القدر المستحق والمذهب أنه يقتص منه للآية ولأنه إذا أمكن القصاص فى جميعه أمكن فى بعضه :

(فصل) وتؤخذ اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالأصابع والأنامل بالأنامل لقوله تعالى «والجروح قصاص» ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف فوجب فيها القصاص وإن قطع يده من الكوع اقتص منه لأنه مفصل وإن قطع من نصف الساعد فله أن يقتص من الكوع لأنه داخل فى جناية يمكن القصاص فيها ويأخذ الحكومة فى الباقى لأنه كسر عظم لا تمكن المماثلة فيه فانتقل فيه إلى البدل وإن قطع من المرفق فله أن يقتص منه لأنه مفصل وإن أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لم يكن له ذلك لأنه يمكنه أن يستوفى جميع حقه بالقصاص فى محل الجناية فلا يجوز أن يأخذ القصاص فى غيره وإن قطع يده من نصف العضد فله أن يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فى الباقى وله أن يقتص فى الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لأن الجميع مفصل داخل فى الجناية ويخالف إذا قطعها من المرفق وأراد أن يقتص من الكوع لأن هناك يمكنه أن يقتص فى الجميع فى محل الجناية وههنا لا يمكنه أن يقتص فى موضع الجناية وإن قطع يده من الكتف وقال أهل الخبرة إنه يمكنه أن يقتص منه من غير جائفة اقتص منه لأنه مفصل يمكن القصاص فيه من غير حيف وإن أراد أن يقتص من المرفق أو الكوع لم يجز لأنه

(قوله الأنامل) هى رءوس الأصابع واحدها أنملة بالفتح والضم وقد ذكر (قوله من الكوع) الكوع طرف الزند الذى يلى الابهام : والكرسوع الذى يلى الخنصر *

يمكنه أن يقتص من محل الجناية فلا يجوز أن يقتص فى غيره وإن قال أهل الخبرة إنه يخاف أن يحصل به جائفة لم يجز أن يقتص فيه لأنه لايأمن أن يأخذ زيادة على حقه وله أن يقتص فى المرفق ويأخذ الحكومة فى الباقى وله أن يقتص فى الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لما ذكرناه وحكم الرجل فى القصاص من مفاصلها من القدم والركبة والورك ومايجب فيما بينهما من الحكومات حكم اليد وقد بيناه .

(فصل) ولا تؤخذ يد صحيحة بيد شلاء ولا رجل صحيحة برجل شلاء لأنه يأخذ فوق حقه وإن أراد المجنى عليه أن يأخذ الشلاء بالصحيحة نظرت فإن قال أهل الخبرة إنه إن قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء إلى البدن وخيف عليه لم يجز أن يقتص منه لأنه يأخذ نفسا بطرف وإن قالوا لا يخاف عليه فله أن يقتص لأنه يأخذ دون حقه فإن طلب مع القصاص الأرش لنقص الشلل لم يكن له لأن الشلاء كالصحيحة فى الخلقة وإنما تنقص عنها فى الصفة فلم يؤخذ الارش للنقص مع القصاص كما لا يأخذ ولى المسلم من الذى مع القصاص أرشا لنقص الكفر وفى أخذ الأشل بالأشل وجهان أحدهما أنه يجوز لأنهما متساويان والثانى لا يجوز وهو قول أبى إسحق لأن الشلل علة والعلل يختلف تأثيرها فى البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما .

(فصل) ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع بيد ناقصة الأصابع فإن قطع من له خمس أصابع كف من له أربع أصابع أو قطع من له ست أصابع كف من له خمس أصابع لم يكن للمجنى عليه أن يقتص منه لأنه يأخذ أكثر من حقه وله أن يقطع من أصابع الجانى مثل أصابعه لأنها داخلة فى الجناية ويمكن استيفاء القصاص فيها وهل يدخل أرش ما تحت الأصابع من الكف فى القصاص فيه وجهان أحدهما يدخل كما يدخل فى ديتها والثانى وهو قول أبى إسحق أنه لا يدخل بل يأخذ مع القصاص الحكومة لما تحتها والفرق بين القصاص والدية أن الكف يتبع الأصابع فى الدية ولا يتبعها فى القصاص ولهذا لو قطع أصابعه وتآكل منها الكف واختار الدية لم يلزمه أكثر من دية الأصابع ولو طلب القصاص قطع الأصابع ويأخذ الحكومة فى الكف وتؤخذ يد ناقصة الأصابع بيد كاملة الأصابع فإن قطع من له أربع أصابع كف من له خمس أصابع أو قطع من له خمس أصابع كف من له ست أصابع فللمجنى عليه أن يقتص من الكف ويأخذ دية الأصابع الخامسة أو الحكومة فى الأصبع السادسة لأنه وجد بعض حقه وعدم البعض فأخذ الموجود وانتقل فى المعدوم إلى البدل كما لو قطع عضوين ووجد أحدهما .

(فصل) ولا يؤخذ أصلى بزائد فان قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة لم يكن للمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه أخذ أكثر من حقه ويجوز أن يقتص من الأصابع الأصلية لأنها داخلة فى الجناية ويأخذ الحكومة فى الأصبع الزائدة وماتحت الزائدة من الكف يدخل فى حكومتها وهل يدخل ماتحت الأصابع التى اقتص منها فى قصاصها على الوجهين ويجوز أن يأخذ الزائد بالأصلى فان قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية فللمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه دون حقه ولا شىء له لنقصان الأصبع الزائدة لأن الزائدة كالأصلية فى الخلقة وإن كان لكل واحد منهما أصبع زائدة نظرت فان لم يختلف محلهما أخذ أحدهما بالأخرى لأنهما متساويان وإن اختلف محلهما لم تؤخذ إحداهما بالأخرى لأنهما مختلفان فى أصل الخلقة .

(فصل) وإن قطع من له يد صحيحة كف رجل له أصبعان شلاوان لم يقتص منه فى الكف لأنه يأخذ كاملا بناقص ويجوز أن يقتص فى الأصابع الثلاث الصحيحة لأنها مساوية لأصابعه ويأخذ الحكومة فى الشلاوين لأنه لا يجد ما يأخذ به ويدخل فى حكومة الشلاوين أرش ما تحتهما من الكف وهل يدخل أرش ما تحت الثلاثة فى قصاصها على الوجهين .

(فصل) ولا تؤخذ يد ذات أظفار بيد لا أظفار لها لأن اليد بلا أظفار ناقصة فلا تؤخذ بها يد كاملة وتؤخذ يد لا أظفار لها بيد لها أظفار لأنه يأخذ بعض حقه .

(فصل) فإن قطع أصبع رجل فتآكل منه الكف وجب القصاص فى الأصبع لأنه أتلفه بجناية عمد ولا يجب فى الكف لأنه لم يتلفه بجناية عمد لأن العمد فيه أن يباشره بالاتلاف ولم يوجد ذلك ويجب عليه دية كل أصبع من الأصابع لأنها تلفت بسبب جنايته

ويدخل فى دية كل أصبع أرش ما تحته من الكف لأن الكف تابع للأصابع فى الدية وهل يدخل ما تحت الأصبع التى اقتص منها فى قصاصها على الوجهين :

(فصل) وتؤخذ الأليتان بالأليتين وهما الناتئان بين الظهر والفخذ وقال بعض أصحابنا لا تؤخذ وهو قول المزنى رحمة الله عليه لأنه لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذ والمذهب الأول لقوله تعالى «والجروح قصاص» ولأنهما ينتهيان إلى حد فاصل فوجب فيهما القصاص كالدين :

(فصل) ويقطع الذكر بالذكر لقوله تعالى والجروح قصاص ولأنه ينتهى إلى حد فاصل يمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص ويؤخذ بعضه ببعضه، وقال أبو إسحق لا يؤخذ بعضه ببعض كما قال فى اللسان والمذهب الأول لأنه إذا أمكن القصاص فى جميعه أمكن فى بعضه ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصى لأنه كذكر الفحل فى الجماع وعدم الانزال لمعنى فى غيره ويقطع الأغلف بالمختون لأنه يزيد على المختون بجلدة يستحق إزالتها بالختان ولا يؤخذ صحيح بأشل لأن الأشل ناقص الشلل فلا يؤخذ به كامل :

(فصل) ويقطع الأنثيان بالانثيين لقوله تعالى والجروح قصاص ولأنه ينتهى إلى حد فاصل يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص فإن قطع إحدى الأنثيين وقال أهل الخبرة إنه أخذها من غير إتلاف الأخرى اقتص منه وإن قالوا إنه يؤدى قطعها إلى إتلاف الأخرى لم يقتص منه لأنه يقتص من أنثيين بواحدة :

(فصل) واختلف أصحابنا فى الشفرين فمنهم من قال لاقصاص فيهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله لأنه لحم وليس له مفصل ينتهى إليه فلم يجب فيه القصاص كلحم الفخذ ومنهم من قال يجب فيه القصاص وهو المنصوص فى الأم لأنهما لحمان محيطان بالفرج من الجانبين يعرف انتهاؤهما فوجب فيهما القصاص :

(فصل) وإن قطع رجل ذكر خنثى مشكل وأنثييه وشفريه وطلب حقه قبل أن يتبين حاله أنه ذكر أو أنثى نظرت فإن طلب القصاص لم يكن له لجواز أن يكون امرأة فلا يجب لها عليه فى شىء من ذلك قصاص وإن طلب المال نظرت فإن عفا عن القصاص أعطى أقل حقيه وهو حق امرأة فيعطى دية عن الشفرين وحكومة فى الذكر والانثيين فإن بان أنه امرأة فقد استوفت حقها وإن بان أنه رجل تمم له الباقى من دية الذكر والانثيين وحكومة عن الشفرين فإن لم يعف عن القصاص وقف القصاص إلى أن يتبين لأنه يجوز أن يكون امرأة فلا يجب عليه القصاص وأما المال ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه لا يعطى لأن دفع المال لا يجب مع القود وهو مطالب بالقود فسقطت المطالبة بالمال والوجه الثانى وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يعطى أقل ما يستحق مع القود لأنه يستحق القود فى عضو والمال فى غيره فلم يكن دفع المال عفوا عن القود فيعطى حكومة فى الشفرين ويوقف القود فى الذكر والأنثيين وقال القاضى أبو حامد المروروذى فى جامعه يعطى دية الشفرين وهذا خطأ لأنه ربما بان أنه رجل فيجب القود فى الذكر والانثيين والحكومة فى الشفرين :

(فصل) وما وجب فيه القصاص من الأعضاء وجب فيه القصاص وإن اختلف العضوان فى الصغر والكبر والطول والقصر والصحة والمرض لأنا لو اعتبرنا المساواة فى هذه المعانى سقط القصاص فى الأعضاء لأنه لا يكاد أن يتفق العضوان فى هذه الصفات فسقط اعتبارها .

(فصل) وما انقسم من الأعضاء إلى يمين ويسار كالعين واليد وغيرهما لم تؤخذ اليمين فيه باليسار ولا اليسار باليمين وما انقسم إلى أعلى وأسفل كالشفة والجفن لم يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى ولا يؤخذ سن بسن غيرها ولا أصبع بأصبع غيرها ولا أنملة بأنملة غيرها لأنها جوارح مختلفة المنافع والأماكن فلم يؤخذ بعضها ببعض كالعين بالأنف واليد بالرجل وما لا يؤخذ بعضه ببعض مما ذكرناه لا يؤخذوان رضى الجانى والمجنى عليه وكذلك ما لا يؤخذ من الأعضاء

(قوله ويؤخذ الأغلف بالمختون) الأغلف هو الذى لم يختن يقال أغلف وأقلف مأخوذ من الغلاف وهو الغشاء والغطاء لأنه يغشى الحشفة ويسترها (قوله الشفرين) ومشافرها حروفها :

الكاملة بالأعضاء الناقصة كالعين الصحيحة بالقائمة واليد الصحيحة بالشلاء لا يؤخذ وإن رضى الجانى والمجنى عليه بأخذها لأن الدماء لا تستباح بالإباحة .

(فصل) وإن جنى على رجل جناية يجب فيها القصاص ثم قتله وجب القصاص فيهما لأنهما جنايتان يجب القصاص فى كل واحدة منهما فوجب القصاص فيهما عند الاجتماع كقطع اليد والرجل .

(فصل) وإن قتل واحد جماعة أو قطع عضوا من جماعة لم تتداخل حقوقهم لأنها حقوق مقصودة لآدميين فلم تتداخل كالديون فان قتل أو قطع واحدا بعد واحد اقتص منه للأول لأن له مزية بالسبق وإن سقط حق الأول بالعفو اقتص للثانى وإن سقط حق الثانى اقتص للثالث وعلى هذا وإذا اقتص منه واحد بعينه تعين حق الباقين فى الدية لأنه فاتهم القود بغير رضاهم فانتقل حقهم إلى الدية كما لو مات القاتل أو زال طرفه وإن قتلهم أو قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة اقتص له لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه فان خرجت القرعة لواحد فعفا عن حقه أعيدت القرعة للباقين لتساويهم وإن ثبت القصاص لواحد منهم بالسبق أو القرعة فبدر غيره واقتص صار مستوفيا لحقه وإن أساء فى التقدم على من هو أحق منه كما قلنا فيمن قتل مرتدا بغير إذن الإمام أنه يصير مستوفيا لقتل الردة وإن أساء فى الافتيات على الإمام وإن قتل رجل جماعة فى المحاربة ففيه وجهان أحدهما أن حكمه حكم ما لو قتلهم فى غير المحاربة والثانى أنه يقتل بالجميع لأن قتل المحاربة لحق الله تعالى ولهذا لا يسقط بالعفو فتداخل كحدود الله تعالى .

(فصل) وإن قطع يد رجل وقتل آخر قطع للمقطوع ثم قتل للمقتول تقدم القطع أو تأخر لأنا إذا قدمنا القتل سقط حق المقطوع وإذا قدمنا القطع لم يسقط حق المقتول وإذا أمكن الجمع بين الحقين من غير نقص لم يجز إسقاط أحدهما ويخالف إذا قتل اثنين لأنه لا يمكن إيفاء الحقين فقدم السابق وإن قطع أصبعا من يمين رجل ثم قطع يمين آخر قطع الأصبع للأول ثم قطعت اليد للثانى ويدفع إليه أرش الأصبع ويخالف إذا قطع ثم قتل حيث قلنا إنه يقطع للأول ويقتل للثانى ولا يلزمه لنقصان اليد شيء لأن النفس لا تنقص بنقصان اليد ولهذا يقتل صحيح بمقطوع اليد واليد تنقص بنقصان الأصبع ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بيد ناقصة الأصابع وإن قطع يمين رجل ثم قطع أصبعا من يد رجل آخر قطعت يمينه للأول لأن حقه سابق ويخالف إذا قتل رجلا ثم قطع يد آخر حيث أخرنا القتل وإن كان سابقا لأن هنا يمكن إيفاء الحقين من غير نقص يدخل على ولى المقتول بقطع اليد وههنا يدخل النقص على صاحب اليد بنقصان الأصبع .

(فصل) وإن قتل رجلا وارتد أو قطع يمين رجل وسرق قدم حق الآدمى من القتل والقطع وسقط حق الله تعالى لأن حق الآدمى مبنى على التشديد فقدم على حق الله تعالى .

(باب استيفاء القصاص)

من ورث المال ورث الدية لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب قال كان عمر رضى الله عنه يقول لا ترث المرأة من دية زوجها حتى قال له الضحاك بن قيس كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها فرجع عمر رضى الله عنه عن ذلك ويقضى من الدية دينه وينفذ منها وصيته وقال أبو ثور لا يقضى منها الدين ولا ينفذ منها الوصية لأنها تجب بعد الموت والمذهب الأول لأنه مال يملكه الوارث من جهة فقضى منه دينه ونفذت منه وصيته كسائر أمواله ومن ورث المال ورث القصاص والدليل عليه ما روى أبو شريح الكعبى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية وإن قطع مسلم طرف مسلم ثم ارتد ومات فى الردة وقلنا بأصح القولين أنه يجب القصاص فى طرفه فقد نقل المزنى أنه قال يقتص وليه المسلم وقال المزنى رحمه الله لا يقتص غير الإمام لأن المسلم لا يرثه فمن أصحابنا من قال لا يقتص غير الامام كما قال المزنى وحمل قول

(قوله أشيم الضبابى) بكسر الضاد وهم بطن من بنى كلاب منهم شمر بن ذى الجوشن قاتل الحسين عليه السلام يسمون ضبابا بجمع ضب لأن أسماءهم ضب وضبيب ومضب وحسل وحسيل بنو معاوية بن كلاب (قوله بين خيرتين) الخيرة مثل العنبة الاسم من قولك اختاره الله تعالى يقال محمد صلى الله عليه وسلم خيرة من خلقه وخيرة الله أيضا بالتسكين وأما الخيرة فهو الاسم من قولك خار الله تعالى فى هذا الأمر

الشافعي رحمة الله عليه على الامام وقال عامة أصحابنا يقتص المناسب لأن القصد من القصاص التشفي ودرك الغيظ والذي يتشفى هو المناسب ويجوز أن يثبت القصاص لمن لا يرث شيئا كما لو قتل من له وارث وعليه دين محيط بالتركة فان القصاص للوارث وإن لم يرث شيئا وإن كان الوارث صغيرا أو مجنونا لم يستوف له الولي لأن القصد من القصاص التشفي ودرك الغيظ وذلك لا يحصل باستيفاء الولي ويحبس القاتل إلى أن يبلغ الصغير أو يعقل المجنون لأن فيه حظا للقاتل بأن لا يقتل وفيه حظا للمولى عليه ليحصل له التشفي فان أقام القاتل كفيلا ليخلى لم يجز تخليته لأن فيه تغريرا بحق المولى عليه بأن يهرب فيضيع الحق وإن ركب الصبي أو المجنون على القاتل فقتله ففيه وجهان أحدهما أنه يصير مستوفيا لحقه كما لو كانت له وديعة عند رجل فأتلفها والثاني لا يصير مستوفيا لحقه وهو الصحيح لأنه ليس من أهل استيفاء الحقوق ويخالف الوديعة فانها لو تلفت من غير فعل برئ منها المودع ولو هلك الجاني من غير فعل لم يبرأ من الجناية وإن كان القصاص بين صغير وكبير لم يجز للكبير أن يستوفي وإن كان بين عاقل ومجنون لم يجز للعاقل أن يستوفي لأنه مشترك بينهما فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد به فان قتل من لا وارث له كان القصاص للمسلمين واستيفاؤه إلى السلطان وإن كان له من يرث منه بعض القصاص كان استيفاؤه إلى الوارث والسلطان ولا يجوز لأحدهما أن ينفرد به لما ذكرناه *

(فصل) وإن قتل رجل وله اثنان من أهل الاستيفاء فبدر أحدهما وقتل القاتل من غير إذن أخيه ففيه قولان أحدهما لا يجب عليه القصاص وهو الصحيح لأن له في قتله حقا فلا يجب عليه القصاص بقتله كما لا يجب الحد على أحد الشريكين في وطء الجارية المشتركة والثاني يجب عليه القصاص لأنه اقتص في أكثر من حقه فوجب عليه القصاص كما لو وجب له القصاص في طرفه فقتله ولأن القصاص يجب بقتل بعض النفس إذا عرى عن الشبهة ولهذا يجب على كل واحد من الشريكين في القتل وإن كان قاتلا لبعض النفس والنفس والنصف الذي لأخيه لا شبهة فيه فوجب القصاص عليه بقتله وإن عفا أحدهما عن حقه من القصاص ثم قتله الآخر بعد العلم بالعفو نظرت فإن كان بعد حكم الحاكم بسقوط القود عنه وجب عليه القصاص لأنه لم يبق له شبهة وإن كان قبل حكم الحاكم بسقوط القود عنه فإن قلنا يجب عليه القود إذا قتله قبل العفو فلأن يجب عليه إذا قتله بعد العفو أولى وإن قلنا لا يجب عليه قبل العفو ففيها بعد العفو قولان أحدهما يجب عليه لأنه لا حق له في قتله فصار كما لو عفوا ثم قتله أحدهما والثاني لا يجب لأن على مذهب مالك رحمة الله عليه يجب له القود بعد عفو الشريك فيصير ذلك شبهة في سقوط القود فاذا قلنا إنه يجب القصاص على الابن القاتل وجب دية الأب في تركة قاتله نصفها للأخ الذي لم يقتل ونصفها للأخ القاتل ولورثته بعده وإذا قلنا لا يجب القصاص على الابن القاتل وجب عليه نصف دية المقتول لأنه قتله وهو يستحق نصف النفس والأخ الذي لم يقتل نصف الدية وفيمن يجب عليه قولان أحدهما يجب على الابن القاتل لأن نفس القاتل كانت مستحقة لهما فاذا أتلفها أحدهما لزمه ضمان حق الآخر كما لو كانت لهما وديعة عند رجل فأتلفها أحدهما فعلى هذا إن أبرأ الابن الذي لم يقتل ورثة قاتل أبيه من نصفه لم يصح إبراؤه لأنه أبرأ من لا حق له عليه وان أبرأ أخاه صح إبراؤه لأنه أبرأ من عليه الحق والقول الآخر أنه يجب ذلك في تركة قاتل أبيه لأنه قود سقط إلى مال فوجب في تركة القاتل كما لو قتله أجنبي ويخالف الوديعة فانه لو أتلفها أجنبي وجب حقه عليه والقاتل لو قتله أجنبي لم يجب حقه عليه فعلى هذا لو أبرأ أخاه لم يصح إبراؤه وإن أبرأ ورثة قاتل أبيه صح إبراؤه ولورثة قاتل الأب مطالبة الابن القاتل بنصف الدية لأن ذلك حق لهم عليه فلا يسقط ببراءتهم عن الابن الآخر :

(فصل) ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان لأنه يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الحيف مع قصد التشفي فان استوفاه من غير حضرة السلطان عزره على ذلك ومن أصحابنا من قال لا يعزر لأنه استوفى حقه والمنصوص أنه يعزر لأنه افتيات على السلطان والمستحب أن يكون بحضرة شاهدين حتى لا ينكر المجني عليه الاستيفاء وعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفى بها القصاص فان كانت كالة منع من الاستيفاء بها لما روى شداد بن أوس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «إن الله

(قوله لأن القصد من القصاص التشفي) هو الفعل من شفي المريض وهو برؤه من العلة وزوالها كأنه يبرأ به من الغيظ ويزيله عنه يقال شفيت من غيظي واستشفيت بكذا (قوله ولا يؤمن فيه الحيف) وهو الظلم والجور حاف عليه جار قال الله تعالى «أم يخافون أن يحيف الله عليهم» .

كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته وإن كانت مسمومة منع من الاستيفاء بها لأنه يفسد البدن ويمنع من غسله فان عجل واستوفى بآلة كالة أو بآلة مسمومة عزر فان طلب من له القصاص أن يستوفى بنفسه فان كان فى الطرف لم يمكن منه لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه وإن كان فى النفس فان كان يكمل للاستيفاء بالقوة والمعرفة مكن منه لقوله تعالى «ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل إنه كان منصورا» ولقوله صلى الله عليه وسلم فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية ولأن القصد من القصاص التشفى ودرك الغيظ فمكن منه وإن لم يكمل للاستيفاء أمر بالتوكيل فان لم يكن من يستوفى بغير عوض استؤجر من خمس المصالح من يستوفى لأن ذلك من المصالح وإن لم يكن خمس أو كان ولكنه يحتاج إليه لما هو أهم منه وجبت الأجرة على الجانى لأن الحق عليه فكانت أجرة الاستيفاء عليه كالبائع فى كيل الطعام المبيع فإن قال الجانى أنا أقتص لك بنفسى ولا أؤدى الأجرة لم يجب تمكينه منه لأن القصاص أن يؤخذ منه مثل ما أخذ ولأن من لزمه إيفاء حق لغيره لم يجز أن يكون هو المستوفى كالبائع فى كيل الطعام المبيع فان كان القصاص لجماعة وهم من أهل الاستيفاء وتشاحوا أقرع بينهم لأنه لا يجوز اجتماعهم على القصاص لأن فى ذلك تعذيبا للجانى ولا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة :

(فصل) وإن كان القصاص على امرأة حامل لم يقتص منها حتى تضع لقوله تعالى «ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل» وفى قتل الحامل إسراف فى القتل لأنه يقتل من قتل ومن لم يقتل وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه أن امرأة من جهينة أتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت إنها زنت وهى حبلى فدعا النبى صلى الله عليه وسلم وليها فقال له أحسن إليها فإذا وضعت فجئ بها فلما أن وضعت جاء بها فأمر بها النبى صلى الله عليه وسلم فرجمت ثم أمرهم فصلوا عليها وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبأ لأنه لا يعيش إلا به وإن لم يكن من يرضعه لم يجز قتلها حتى ترضعه حولين كاملين لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للعامرية اذهبى حتى ترضعيه ولأنه لما أخر القتل لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه وهو مولود أولى وإن وجد له مرضعة راتبة جاز أن يقتص لأنه يستغنى بها عن الأم وإن وجد مرضعات غير رواتب أو وجدت بهيمة يسقى من لبنها فالمستحب لولى الدم أن لا يقتص حتى ترضعه لأن اختلاف اللبن عليه والتربية بلبن البهيمة يفسد طبعه فان لم يصبر اقتص منها لأن الولد يعيش بالألبان المختلفة وبلبن البهيمة وإن ادعت الحمل قال الشافعى رحمه الله تحبس حتى يتبين أمرها واختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه لا تحبس حتى يشهد أربع نسوة بالحمل لأن القصاص وجب فلا يؤخر بقولها وقال أكثر أصحابنا تحبس بقولها لأن الحمل وما يدل عليه من الدم وغيره يتعذر إقامة البينة عليه فقبل قولها فيه :

(فصل) وإن كان القصاص فى الطرف فالمستحب أن لا يستوفى إلا بعد استقرار الجناية بالاندمال أو بالسراية إلى النفس لما روى عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة قال طعن رجل رجلا بقرن فى رجله فجاء النبى صلى الله عليه وسلم فقال أقدنى فقال دعه حتى يبرأ فأعادها عليه مرتين أو ثلاثا والنبى صلى الله عليه وسلم يقول حتى يبرأ فأبى فأقاده منه ثم عرج المستقيد فجاء النبى صلى الله عليه وسلم فقال برئ صاحبى وعرجت رجلى فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا حق لك فذلك حين نهى أن يستقيد أحد من جرح حتى يبرأ صاحبه فان استوفى قبل الاندمال جاز للخبر وهل يجوز أخذ الأرش قبل الاندمال فيه قولان أحدهما يجوز كما يجوز استيفاء القصاص قبل الاندمال والثانى لا يجوز لأن الأرش لا يستقر قبل الاندمال لأنه قد يسرى إلى النفس ويدخل فى دية النفس وقد يشاركه غيره فى الجناية فينقص بخلاف القصاص فإنه لا يسقط بالسراية ولا تؤثر فيه المشاركة فإذا قلنا يجوز فى القدر الذى يجوز أخذه وجهان أحدهما يجوز أخذه بالغا ما بلغ لأنه قد وجب فى الظاهر فجاز أخذه والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه يأخذ أقل الأمرين من

(قوله فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة) بكسر القاف هى الحالة والهيئة كالجلسة والركبة يقال قتله قتلة سوء بالكسر وكذا الذبحة بالكسر أيضا فأما بالفتح فهى الفعلة للمرة من المصدر (قوله بآلة كالة) أى لا حد لها ماض يقال كللت عن الشيء أكل كلالا وكلالة أى أعييت وكذلك البعير إذا أعيى وكل السيف والرمح والطرف واللسان يكل كلا وكلالة وكلولا وسيف كليل الحد (قوله فقد جعلنا لوليه سلطانا) السلطان ههنا القهر والغلبة وفى غيره الحجة والبرهان (قوله برئ صاحبى وعرجت رجلى) يقال عرج الرجل بكسر الراء يعرج بفتحها إذا صار أعرج أى ضلع فى مشيته ولزمه الضلع فلم يفارقه حتى صار كأنه خلقة فيه

أرش الجناية أو دية النفس لأن ما زاد على دية النفس لا يتيقن استقراره لأنه ربما سقط فعلى هذا إن قطع يديه ورجليه وجب فى الظاهر ديتان وربما سرت الجناية إلى النفس فرجع إلى دية فيأخذ دية فان سرت الجناية إلى النفس فقد أخذ حقه وإن اندملت أخذ دية أخرى .

(فصل) وإن قلع سن صغير لم يثغر أو سن كبير قد أثغر وقال أهل الخبرة إنه يرجى أن ينبت إلى مدة لم يقتص منه قبل الإياس من نباته لأنه لا يتحقق الإتلاف فيه قبل الإياس كما لا يتحقق إتلاف الشعر قبل الإياس من نباته فإن مات قبل الإياس لم يجب القصاص لأنه لم يتحقق الإتلاف فلم يقتص مع الشك .

(فصل) إذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» ولأن السيف أرجى الآلات فإذا قتل به واقتص بغيره أخذ فوق حقه لأن حقه فى القتل وقد قتل وعذب فإن أحرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضربه بخشب أو حبسه ومنعه الطعام والشراب فمات فللولى أن يقتص بذلك لقوله تعالى «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به» ولما روى البراء رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه» ولأن القصاص موضوع على المماثلة والمماثلة ممكنة بهذه الأسباب فجاز أن يستوفى بها القصاص وله أن يقتص منه بالسيف لأنه قد وجب له القتل والتعذيب فإذا عدل إلى السيف فقد ترك بعض حقه فجاز فإن قتله بالسحر قتل بالسيف لأن عمل السحر محرم فسقط وبقى القتل فقتل بالسيف وإن قتله باللواط أو بسقى الخمر ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحاق أنه إن قتله بسقى الخمر قتله بسقى الماء وإن قتله باللواط فعل به مثل ما فعله بخشبة لأنه تعذر مثله حقيقة ففعل به ما هو أشبه بفعله والثانى أنه يقتل بالسيف لأنه قتله بما هو محرم فى نفسه فاقتص بالسيف كما لو قتله بالسحر وإن ضرب رجلا بالسيف فمات فضرب بالسيف فلم يمت كرر عليه الضرب بالسيف لأن قتله مستحق وليس ههنا ما هو أرجى من السيف فقتل به وإن قتله بمثقل أو رماه من شاهق أو منعه الطعام والشراب مدة ففعل به مثل ذلك فلم يمت ففيه قولان أحدهما يكرر عليه ذلك إلى أن يموت كما قلنا فى السيف والثانى أنه يقتل بالسيف لأنه فعل به مثل ما فعل وبقى إزهاق الروح فوجب بالسيف وإن جنى عليه جناية يجب فيها القصاص بأن قطع كفه أو أوضح رأسه فمات فللولى أن يستوفى القصاص بما جنى فيقطع كفه ويوضح رأسه لقوله تعالى «والجروح قصاص» فإن مات به فقد استوفى حقه وإن لم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يقطع منه عضوا آخر ولا أن يوضح فى موضع آخر لأنه يصير قطع عضوين بعضو وإيضاح موضحتين بموضحة وإن جنى عليه جناية لا يجب فيها القصاص كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه ففيه قولان أحدهما يقتل بالسيف ولا يقتص منه فى الجائفة ولا فى قطع اليد من الساعد لأنه جناية لا يجب فيها القصاص فلا يستوفى بها القصاص كاللواط والثانى يقتص منه فى الجائفة وقطع اليد من الساعد لأنه جهة يجوز القتل بها فى غير القصاص فجاز القتل بها فى القصاص كالقطع من المفصل وحز الرقبة إن اقتص بالجائفة أو قطع اليد من الساعد فلم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يجاف جائفة أخرى ولا أن يقطع منه عضو آخر فتصير جائفتان بجائفة وقطع عضوين بعضو .

(فصل) وإن أوضح رأسه بالسيف اقتص منه بحديدة ماضية كالموسى ونحوه ولا يقتص منه بالسيف لأنه لا يؤمن أن يهشم العظم .

(فصل) وإن جنى عليه جناية ذهب منها ضوء عينيه نظرت فإن كانت جناية لا يجب فيها القصاص كالهاشمة عولج بما

وعرج بفتح الراء يعرج بضمها إذا غمز من شىء أصابه وزال ذلك عنه ولم يلزمه (قوله لم يثغر) يقال ثغر الصبى إذا سقطت رواضعه فهو مثغور فإذا نبتت قيل أثغر وأصله اثتغر فأبدلت التاء ثاء وأدغمت ويقال أتغر بالتاء أيضا باثنتين من فوق وقيل للموضع المخوف من العدو ثغر لأنه كالثلمة يهجم منه : وثغرة النحر نقرته فى وسطه وللانسان اثنتان وثلاثون سنا أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب وأربعة ضواحك واثنا عشر رحا فى كل شق ست وأربع نواجذ وهى أقصاها من فقه اللغة (قوله فمن اعتدى عليكم) أخذ غير ما يجب له يقال عدى واعتدى إذا جاوز الحد (قوله رماه من شاهق) الشاهق الجبل المرتفع وقد شهق يشهق إذا ارتفع (قوله وبقى إزهاق الروح) هو موتها وذهابها من قوله تعالى «وزهق الباطل إن الباطل كان زهوقا» زهقت نفسه تزهق أى خرجت (قوله بحديدة ماضية) أى قاطعة يقال سيف ماض أى قاطع

يزيل ضوء العين من كافور يطرح فى العين أوحديدة حامية تقرب منها لأنه تعذر استيفاء القصاص فيه بالهاشمة ولا يقلع الحدقة لأنه قصاص فى غير محل الجناية فعدل إلى أسهل ما يمكن كما قلنا فى القتل باللواط وإن كانت جناية يمكن فيها القصاص كالموضحة اقتص منه فإن ذهب الضوء فقد استوفى حقه وإن لم يذهب عولج بما يزيل الضوء على ماذكرناه فى الهاشمة وإن لطمه فذهب الضوء فقد قال بعض أصحابنا إنه يلطم كما لطم فإن ذهب الضوء فقد استوفى حقه وإن لم يذهب عولج على ماذكرناه وقال الشيخ الإمام ويحتمل عندى أنه لا يقتص منه باللطمة بل يعالج بما يذهب الضوء على ماذكرناه فى الهاشمة والدليل عليه ماروى يحيى بن جعدة أن أعرابيا قدم بجلوبة له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضى الله عنه فنازعه فلطمه ففقأ عينه فقال له عثمان هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه فأبى فرفعهما إلى على فدعا على رضى الله عنه بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الأخرى ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها من عينه حتى سال إنسان عينه ولأن اللطم لا يمكن اعتبار المماثلة فيه ولهذا لو انفرد من إذهاب الضوء لم يجب فيه القصاص فلا يستوفى به القصاص فى الضوء كالهاشمة وإن قلع عين رجل بالأصبع فأراد المجنى عليه أن يقتص بالأصبع ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز لأنه يأتى على ماتأتى عليه الحديدة مع المماثلة والثانى لا يجوز لأن الحديد أرجى فلا يجوز بغيره :

(فصل) وإن وجب له القصاص بالسيف فضربه فأصاب غير الموضع وادعى أنه أخطأ فإن كان يجوز فى مثله الخطأ فالقول قوله مع يمينه لأن ما يدعيه محتمل وإن كان لا يجوز فى مثله الخطأ لم يقبل قوله ولا يسمع فيه يمينه لأنه لا يحتمل ما يدعيه وإن أراد أن يعود ويقتص فقد قال فى موضع لا يمكن وقال فى موضع يمكن ومن أصحابنا من قال هما قولان أحدهما لا يمكن لأنه لا يؤمن مثله فى الثانى والثانى أنه يمكن لأن الحق له والظاهر أنه لا يعود إلى مثله ومن أصحابنا من قال إن كان يحسن مكن لأن الظاهر أنه لا يعود إلى مثله وإن لم يحسن لم يمكن لأنه لا يؤمن أن يعود إلى مثله وحمل القولين على هذين الحالين وإن وجب له القصاص فى موضحة فاستوفى أكثر من حقه أو وجب له القصاص فى أنملة فقطع أنملتين فإن كان عامدا وجب عليه القود فى الزيادة وإن كان خطأ وجب عليه الأرش كما لو فعل ذلك فى غير القصاص وإن استوفى أكثر من حقه باضطراب الجانى لم يلزمه شىء لأنه حصل بفعله فهدر :

(فصل) وإن اقتص من الطرف بحديدة مسمومة فمات لم يجب عليه القصاص لأنه تلف من جائز وغير جائز ويجب نصف الدية لأنه هلك من مضمون وغير مضمون فسقط النصف ووجب النصف :

(فصل) وإذا وجب له القصاص فى يمينه فقال أخرج يمينك فأخرج اليسار من كم اليمين فقطعها فإن قال تعمدت إخراج اليسار وعلمت أنه لا يجوز قطعها عن اليمين لم يجب على القاطع ضمان لأنه قطعها ببذله ورضاه وإن قال ظننتها اليمين أو ظننت أنه يجوز قطعها عن اليمين نظرت فى المستوفى فإن جهل أنها اليسار لم يجب عليه القصاص لأنه موضع شبهة وهل يجب عليه الدية فيه وجهان أحدهما لا تجب عليه لأنه قطعها ببذل صاحبها والثانى يجب وهو المذهب لأنه بذل على أن يكون عوضا عن اليمين فإذا لم يصح العوض وتلف المعوض وجب له بدله كما لو اشترى سلعة بعوض فاسد وتلفت عنده فإن علم أنها اليسار وجب عليه ضمانه وفيما يضمن وجهان أحدهما وهو قول أبى حفص ابن الوكيل إنه يضمن بالقود لأنه تعمد قطع يد محرمة والثانى وهو المذهب أنه لا يجب القود لأنه قطعها ببذل الجانى ورضاه وتلزمه الدية لأنه قطع يدا لا يستحقها مع العلم به فإن وجب له القود فى اليمين فصالحه على اليسار لم يصح الصلح لأن الدماء لا تستباح بالعوض وهل يسقط القصاص فى اليمين فيه وجهان أحدهما يسقط لأن عدوله إلى اليسار رضا بترك القصاص فى اليمين والثانى إنه لا يسقط لأنه أخذ اليسار على أن يكون بدلا عن اليمين ولم يسلم البدل فبقى حقه فى المبدل فإذا قلنا لا يسقط القصاص فله على المقتص دية اليسار وللمقتص عليه القصاص فى اليمين وإن قلنا إنه يسقط القصاص فله دية اليمين وعليه دية اليسار وإن كان القصاص على مجنون فقال له المجنى عليه أخرج

(قوله قدم بجلوبة) الجلوبة ما يجلب للبيع أى يؤتى به من بعد ومنه الحديث الجالب مرزوق. ففقأ عينه بخقها أو قلعها. وقد ذكر بمرآة بكسر الميم وإسكان الراء، فعلة آلة للرؤية على مثال مرعاة وهى أداة معروفة من حديد يتراءى فيها الإنسان وجهه وجمعها مراء على وزن مراع ومرايا على مثال خطايا (قوله سال إنسان عينه) إنسان العين المثال الذى يرى فى السواد ويجمع على أناسى

بمينك فأخرج يساره فقطعها وجب عليه القصاص إن كان عالما أو الدية إن كان جاهلا لأن بذل المجنون لايصح فصار كما لو بدأ بقطعه ؛

(فصل) إذا اقتص فى الطرف فسرى إلى نفس الجانى فمات لم يجب ضمان السراية لما روى أن عمر وعليا رضى الله عنهما قالا فى الذي يموت من القصاص لادية له وإن جنى على طرف رجل فاقتص منه ثم سرت الجناية إلى نفس المجنى عليه ثم سرى القصاص إلى نفس الجانى كانت سراية القصاص إلى نفس الجانى قصاصا عن سراية الجناية إلى نفس المجنى عليه لأنه لما كانت السراية كالمباشرة فى إيجاب القصاص كانت كالمباشرة فى استيفاء القصاص وإن سرى القصاص إلى نفس الجانى ثم سرت الجناية إلى نفس المجنى عليه ففيه وجهان أحدهما أن السراية قصاص لأنها سراية قصاص فوقعت عن القصاص كما لو سرت الجناية ثم سرى القصاص والثانى وهو الصحيح أن السراية هدر ولا تكون قصاصا لأنها سبقت وجوب القصاص فلا يجوز أن تكون قصاصا عما وجب بعدها فعلى هذا يجب فى تركة الجانى نصف الدية لأنه قد أخذ منه بقدر نصف الدية وبقى النصف ؛

(فصل) من وجب عليه قتل بكفر أو ردة أو زنا أو قصاص فالتجأ إلى الحرم قتل ولم يمنع الحرم من قتله والدليل عليه قوله عز وجل « واقتلوهم حيث وجدتموهم » ولأنه قتل لايوجب الحرم ضمانه فلم يمنع منه كقتل الحية والعقرب ؛

(فصل) ومن وجب عليه قصاص فى النفس فمات عن مال أو وجب عليه قصاص فى الطرف فزال الطرف وله مال ثبت حق المجنى عليه فى الدية لأن ماضمن بسببين على سبيل البدل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر كذوات الأمثال ؛

(باب العفو عن القصاص)

ومن وجب عليه القصاص وهو جائز التصرف فله أن يقتص وله أن يعفو على المال لما روى أبو شريح الكعبى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثم أنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية فإن عفا مطلقا بنينا على مايجب بقتل العمد وفيه قولان أحدهما أن موجب قتل العمد القصاص وحده ولا تجب الدية إلا بالاختيار والدليل عليه قوله عز وجل « كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد » ولأن ماضمن بالبدل فى حق الآدمى ضمن ببدل معين كالمال والقول الثانى أن موجبه أحد الأمرين من القصاص أو الدية والدليل عليه أن له أن يختار ماشاء منهما فكان الواجب أحدهما كالهدى والطعام فى جزاء الصيد فإذا قلنا إن الواجب هو القصاص وحده فعفا عن القصاص مطلقا سقط القصاص ولم تجب الدية لأنه لا يجب له غير القصاص وقد أسقطه بالعفو وإن قلنا إنه يجب أحد الأمرين فعفا عن القصاص وجبت الدية لأن الواجب أحدهما فإذا ترك أحدهما وجب الآخر وإن اختار الدية سقط القصاص وثبت المال ولم يكن له أن يرجع إلى القصاص وإن قال اخترت القصاص فهل له أن يرجع إلى الدية فيه وجهان أحدهما له أن يرجع لأن القصاص أعلى فجاز أن ينتقل عنه إلى الأدنى والثانى ليس له أن يرجع إلى الدية لأنه تركها فلم يرجع إليها كالقصاص فإن جنى عبد على رجل جناية توجب القصاص فاشتراه بأرش الجناية سقط القصاص لأن عدوله إلى الشراء اختيار للمال وهل يصح الشراء ينظر فيه فإن كانا لايعرفان عدد الابل وأسنانها لم يصح الشراء لأنه بيع بمجهول فإن كانا يعرفان العدد والأسنان ففيه قولان أحدهما لايصح الشراء لأن الجهل بالصفة كالجهل بالعدد والسن كما قلنا فى السلم والثانى أنه يصح لأنه مال مستقر فى الذمة تصح المطالبة به فجاز البيع به كالعوض فى القرض .

(فصل) فإن كان القصاص لصغير لم يجز للولى أن يعفو عنه على غير مال لأنه تصرف لاحظ للصغير فيه فلا يملكه الولى كهبة ماله وإن أراد أن يعفو على مال فإن كان له مال أو له من ينفق عليه لم يجز العفو لأنه يفوت عليه القصاص من غير حاجة وإن لم يكن له مال ولا من ينفق عليه ففيه وجهان أحدهما يجوز العفو على مال لحاجته إلى المال ليحفظ به حياته والثانى لايجوز وهو المنصوص لأنه يستحق النفقة فى بيت المال ولا حاجة به إلى العفو عن القصاص وإن كان المقتول لاوارث له غير المسلمين كان الأمر إلى السلطان فإن رأى القصاص اقتص وإن رأى العفو على مال عفا لأن الحق للمسلمين فوجب على الإمام أن يفعل مايراه من

(قوله فالتجأ إلى الحرم) أى استند إليه . يقال لجأت إليه لجأ بالتحريك ، والموضع الملجأ

المصلحة فإن أراد أن يعفو على غير مال لم يجز لأنه تصرف لاحظ فيه للمسلمين فلم يملكه .

(فصل) وإن كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم سقط حق الباقين من القصاص لما روى زيد بن وهب أن عمر رضى الله عنه أتى برجل قتل رجلا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت أخت المقتول وهى امرأة القاتل قد عفوت عن حقى فقال عمر رضى الله عنه عتق من القتل وروى قتادة رضى الله عنه أن عمر رضى الله عنه رفع إليه رجل قتل رجلا فجاء أولاد المقتول وقد عفا أحدهم فقال عمر لابن مسعود رضى الله عنهما وهو إلى جنبه ما تقول فقال إنه قد أحرز من القتل فضرب على كتفه وقال كنيف ملىء علما ولأن القصاص مشترك بينهم وهو مما لا يتبعض ومبناه على الاسقاط فإذا أسقط بعضهم حقه سرى إلى الباقى كالعتق فى نصيب أحد الشريكين وينتقل حق الباقين إلى الدية لما روى زيد بن وهب قال دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها فاستعدى إخوتها عمر فقال بعض إخوتها قد تصدقت بحقى فقضى لسائرهم بالدية ولأنه سقط حق من لم يعف عن القصاص بغير رضاه فثبت له البدل مع وجود المال كما يسقط حق من لم يعتق من الشريكين إلى القيمة .

(فصل) وإن وكل من له القصاص من يستوفى له ثم عفا وقتل الوكيل ولم يعلم بالعفو ففيه قولان أحدهما لا يصح العفو لأنه عفا فى حال لا يقدر الوكيل على تلافى ما وكل فيه فلم يصح العفو كما لو عفا بعد ما رمى الحربة إلى الجانى والثانى يصح لأنه حق له فلا يفتقر عفوه عنه إلى علم غيره كالابراء من الدين ولا يجب القصاص على الوكيل لأنه قتله وهو جاهل بتحريم القتل وأما الدية فعلى القولين إن قلنا إن العفو لا يصح لم تجب الدية كما لا تجب إذا عفا عنه بعد القتل وإن قلنا يصح العفو وجبت الدية على الوكيل لأنه قتل محقون الدم ولا يرجع بما غرمه من الدية على الموكل وخرج أبو العباس قولا آخر أنه يرجع عليه لأنه غره حين لم يعلمه بالعفو كما قلنا فيمن وطىء أمة غر بحريتها فى النكاح وقلنا إن النكاح باطل أنه يلزمه المهر ثم يرجع به على من غره فى أحد القولين وهذا خطأ لأن الذى غره فى النكاح مسىء مفرط فرجع عليه والموكل ههنا محسن فى العفو غير مفرط .

(فصل) فإن جنى على رجل جناية فعفا المجنى عليه عن القصاص فيها ثم سرت الجناية إلى النفس فإن كانت الجناية مما يجب فيها القصاص كقطع الكف والقدم لم يجب القصاص فى النفس لأن القصاص لا يتبعض فإذا سقط فى البعض سقط فى الجميع وإن كانت الجناية مما لا قصاص فيها كالجائفة ونحوها وجب القصاص فى النفس لأنه عفا عن القصاص فيما لا قصاص فيه فلم يعمل فيه العفو .

(فصل) وإن قطع أصبع رجل عمدا فعفا المجنى عليه عن القصاص والدية ثم اندملت سقط القصاص والدية وقال المزنى رحمه الله يسقط القصاص ولا تسقط الدية لأنه عفا عن القصاص بعد وجوبه فسقط وعفا عن الدية قبل وجوبها لأن الدية لا تجب إلا بالاندمال والعفو وجد قبله فلم تسقط وهذا خطأ لأن الدية تجب بالجناية والدليل عليه أنه لو جنى على طرف عبده ثم باعه ثم اندمل كان أرش الطرف له دون المشترى فدل على أنه وجب بالجناية وإنما تأخرت المطالبة إلى ما بعد الاندمال فصار كما لو عفا عن دين مؤجل فإن سرت الجناية إلى الكف واندملت سقط القصاص فى الأصبع بالعفو ولا يجب فى الكف لأنه تلف بالسراية والقصاص فيما دون النفس لا يجب بالسراية وسقطت دية الأصبع لأنه عفا عنها بعد الوجوب ولا يسقط أرش ما تسرى إليه لأنه عفا عنه قبل الوجوب وإن سرت الجناية إلى النفس نظرت فإن قال عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها وما يحدث منها سقط القود فى الأصبع والنفس لأنه سقط فى الأصبع بالعفو بعد الوجوب وسقط فى النفس لأنها لا تتبعض وأما الدية فانه إن كان العفو بلفظ الوصية فهو وصية للقاتل وفيها قولان فإن قلنا لا تصح وجبت دية النفس وإن قلنا تصح وخرجت من الثلث سقطت وإن خرج بعضها سقط ما خرج منها من الثلث ووجب الباقى وإن كان بغير لفظ الوصية فهل هو وصية فى الحكم أم لا فيه قولان أحدهما أنه

(قوله كنيف ملىء علما) تصغير كنف والكنف وعاء من أدم يكون فيه أداة الراعى . قالوا وتصغيره للتعظيم كما قالوا دويهية والأحسن فى هذا أنه يعنى الصغر والحقارة لأن ابن مسعود رضى الله عنه كان دميم الخلق قصيرا قيل إنه يكاد الجلوس يوارونه من قصره (قوله فاستعدى إخوتها عمر) أى استعانوا وطلبوا منه الانصاف (قوله أرش) قد ذكرنا أن أصل الأرش الافساد والخصومة ، يقال أرشت بين القوم إذا أفسدت بينهم .

وصية لأنه يعتبر من الثلث والثانى أنه ليس بوصية لأن الوصية ما تكون بعد الموت وهذا إسقاط فى حال الحياة فإذا قلنا إنه وصية فعلى ماذكرناه من القولين فى الوصية للقاتل وإن قلنا إنه ليس بوصية صح العفو عن دية الأصبع لأنه عفا عنها بعد الوجوب ولا يصح عما زاد لأنه عفا قبل الوجوب فيجب عليه دية النفس إلا أرش أصبع وأما إذا قال عفوت عن هذه الجناية قودها وعقلها ولم يقل وما يحدث منها سقط القود فى الجميع لما ذكرناه ولا تسقط دية النفس لأنه أبرأ منها قبل الوجوب وأما دية الأصبع فإنه إن كان عفا عنها بلفظ الوصية أو بلفظ العفو وقلنا إنه وصية فهو وصية للقاتل وفيها قولان وإن كان بلفظ العفو وقلنا إنه ليس بوصية فان خرج من الثلث سقط وإن خرج بعضه سقط منه ما خرج ووجب الباقى لأنه إبراء عما وجب .

(فصل) فإن جنى جناية يجب فيها القصاص كقطع اليد فعفا عن القصاص وأخذ نصف الدية ثم عاد فقتله فقد اختلف أصحابنا فيه فذهب أبو سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه إلى أنه يلزمه القصاص فى النفس أو الدية الكاملة إن عفى عن القصاص لأن القتل منفرد عن الجناية فلم يدخل حكمه فى حكمها فوجب لأجله القصاص أو الدية ومن أصحابنا من قال لا يجب القصاص ويجب نصف الدية لأن الجناية والقتل كالجناية الواحدة فاذا سقط القصاص فى بعضها سقط فى جميعها ويجب نصف الدية لأنه وجب كمال الدية وقد أخذ نصفها وبقى له النصف ومنهم من قال يجب له القصاص فى النفس وهو الصحيح لأن القتل انفرد عن الجناية فعفوه عن الجناية لا يوجب سقوط ما لزمه بالقتل ويجب له نصف الدية لأن القتل إذا تعقب الجناية قبل الاندمال صار بمنزلة ما لو سرت إلى النفس ولو سرت وجب فيها الدية وقد أخذ النصف وبقى النصف .

(فصل) إذا قطع يد رجل فسرى القطع إلى النفس فاقتص فى اليد ثم عفى عن النفس على غير مال لم يضمن اليد لأنه قطعها فى حال لا يضمنها فأشبه إذا قطع يد مرتد فأسلم ولأن العفو يرجع إلى ما بقى دون ما استوفى كما لو قبض من دينه بعضه ثم أبرأه وإن عفى على مال وجب له نصف الدية لأنه بالعفو صار حقه فى الدية وقد أخذ ما يساوى نصف الدية فوجب له النصف فان قطع يدى رجل فسرى إلى نفسه فقطع الولى يدى الجانى ثم عفا عن النفس لم يجب له مال لأنه لم يجب له أكثر من دية وقد أخذ ما يساوى دية فلم يجب له شىء وإن قطع نصرانى يد مسلم فاقتص منه فى الطرف ثم سرى القطع إلى نفس المسلم فللولى أن يقتله لأنه صارت الجناية نفسا وإن اختار أن يعفو على الدية ففيه وجهان أحدهما أنه يجب عشرة آلاف درهم لأن دية المسلم اثنا عشر ألفا وقد أخذ ما يساوى ألفى درهم فوجب الباقى والثانى أنه يجب له نصف ديته وهو ستة آلاف درهم لأنه رضى أن يأخذ يدا ناقصة بيد كاملة ديتها ستة آلاف درهم فوجب الباقى وإن قطع يديه فاقتص منه ثم سرى القطع إلى نفس المسلم فللولى أن يقتله لأنه صارت الجناية نفسا فإن عفى على الدية أخذ على الوجه الأول ثمانية آلاف درهم لأنه أخذ ما يساوى أربعة آلاف درهم وبقى له ثمانية آلاف درهم وعلى الوجه الثانى لا شىء له لأنه رضى أن يأخذ نفسه بنفسه فيصير كما لو استوفى ديته وإن قطعت امرأة يد رجل فاقتص منها ثم سرى القطع إلى نفس الرجل فلوليه أن يقتلها لما ذكرناه فإن عفا على مال وجب على الوجه الأول تسعة آلاف درهم لأن الذى أخذ يساوى ثلاثة آلاف درهم وبقى تسعة آلاف درهم وعلى الوجه الثانى يجب ستة آلاف لأنه رضى أن يأخذ يدها بيده وذلك بقدر نصف ديته وبقى النصف .

﴿ كتاب الديات ﴾

(باب من تجب الدية بقتله وما تجب به الدية من الجنايات)

تجب الدية بقتل المسلم لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله وتجب بقتل الذمى والمستأمن ومن بيننا وبينهم هدنة لقوله تعالى وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة وتجب بقتل من لم تبلغه الدعوة لأنه محقون الدم مع كونه من أهل القتال فكان مضمونا بالقتل كالذمى .

(فصل) وإن قطع طرف مسلم ثم ارتد ومات على الردة وقلنا إنه لا يجب القصاص فى طرفه أو قلنا يجب فعفى عن القصاص على مال ففيه قولان أحدهما لا تجب دية الطرف لأنه تابع للنفس فى الدية فإذا لم تجب دية النفس لم تجب دية الطرف والثانى أنه تجب

(ومن كتاب الديات)

وهو الصحيح لأن الجناية أوجبت دية الطرف والردة قطعت سراية الجرح فلا تسقط ما تقدم وجوبه كما لو قطع يد رجل ثم قتل الرجل نفسه فإن جرح مسلما ثم ارتد ثم أسلم ومات فإن أقام في الردة زمانا تسرى فيه الجناية ففيه قولان أحدهما تجب دية كاملة لأن الاعتبار في الدية بحال استقرار الجناية والدليل عليه أنه لو قطع يديه ورجليه واندملت وجبت له ديتان ولو سرت إلى النفس وجبت دية وهذا مسلم في حال استقرار الجنايه فوجب فيه دية مسلم والثاني يجب نصف الدية لأن الجناية في حال الإسلام توجب والسراية في حال الردة تسقط فوجب النصف كما لو جرحه رجل وجرح نفسه فمات وإن لم يقم في الردة زمانا تسرى فيه الجناية وجبت دية مسلم لأنه مسلم في حال الجناية وفي حال استقرار الجناية ولا تأثير لما مضى في حال الردة فلم يكن له حكم :

(فصل) وإن قطع يد مرتد ثم أسلم ومات لم يضمن ومن أصحابنا من قال تجب فيه دية مسلم لأنه مسلم في حال استقرار الجناية فوجبت ديته والمذهب الأول لأنها سراية قطع غير مضمون فلم يضمن كسراية القصاص وقطع السرقة :

(فصل) وإن أرسل سهما على حربي فأصابه وهو مسلم ومات وجبت فيه دية مسلم وقال أبو جعفر الترمذي لا يلزمه شيء لأنه وجد السبب من جهته في حال هو مأمور بقتله ولا يمكنه تلافي فعله عند الإسلام فلا يجب ضمانه كما لو جرحه ثم أسلم ومات والمذهب الأول لأن الاعتبار بحال الإصابة دون حال الإرسال لأن الارسال سبب والاصابة جناية والاعتبار بحال الجناية لا بحال السبب والدليل عليه أنه لو حفر بئرا في الطريق وهناك حربي فأسلم ووقع فيها ومات ضمنه وإن كان عند السبب حربيا ويخالف إذا جرحه ثم أسلم ومات لأن الجناية هناك حصلت وهو غير مضمون وإن أرسل سهما على مسلم فوقع به وهو مرتد فمات لم يضمن لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون فلم يضمنه كما لو أرسله على حي فوقع به وهو ميت :

(فصل) وإن قتل مسلما تترس به الكفار لم يجب القصاص لأنه لا يجوز أن يجب القصاص مع جواز الرمي وأما الدية فقد قال في موضع تجب وقال في موضع إن علمه مسلما وجبت فمن أصحابنا من قال هو على قولين أحدهما أنها تجب لأنه ليس من جهته تفريط في الإقامة بين الكفار فلم يسقط ضمانه والثاني أنه لا تجب لأن القاتل مضطر إلى رميه ومنهم من قال إن علم أنه مسلم لزمه ضمانه وإن لم يعلم لم يلزمه ضمانه لأن مع العلم بإسلامه يلزمه أن يتوقاه ومع الجهل بإسلامه لا يلزمه أن يتوقاه وحمل القولين على هذين الحالين وقال أبو إسحاق إن عينه بالرمي ضمنه وإن لم يعنه لم يضمنه وحمل القولين على هذين الحالين :

(فصل) وتجب الدية بقتل الخطأ لقوله عز وجل ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله وتجب بقتل العمد في أحد القولين وبالعفو على الدية في القول الآخر وقد بيناه في الجنايات وتجب بشبه العمد لما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا إن في دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها فإن غرز إبرة في غير مقتل فمات وقلنا إنه لا يجب عليه القصاص ففي الدية وجهان أحدهما أنها تجب لأنه قد يفضي إلى القتل والثاني لا تجب لأنه لما لم تجب بأقل المثقل وهو الضرب بالقلم والرمي بالحصاة لم تجب بأقل المحدد :

(فصل) وتجب على الجماعة إذا اشتركوا في القتل وتقسم بينهم على عددهم لأنه بدل متلف يتجزأ فقسم بين الجماعة على عددهم كغرامة المال فإن اشترك في القتل اثنان وهما من أهل القود فللولي أن يقتص من أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية وإن كان أحدهما من أهل القود والآخر من أهل الدية فله أن يقتص ممن عليه القود ويأخذ من الآخر نصف الدية :

(فصل) وتجب الدية بالأسباب فإن شهد اثنان على رجل بالقتل فقتل بشهادتهما بغير حق ثم رجعا عن الشهادة كان حكمهما في الدية حكم الشريكين لما روى أن شاهدين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وأغرمهما دية يده .

(قوله لا يمكن تلافي فعله) أي تداركه ولحوقه . تلافيته من كذا إذا نجيته من أمر كان قد أشفى عليه (قوله عينه بالرمي) أي قصده بعينه (قوله أربعون خلفة) الخلفة الحامل وجمعها خلفات وخلف بكسر اللام وهي المخاض الحوامل من النوق مأخوذ من الخلف بالكسر وهي حلمة ضرع الناقة القادمان والآخران لأنها صارت ذات أخلاف أي ضروع :

(فصل) وإن أكره رجل على قتل رجل فقتله فإن قلنا إنه يجب القود عليهما فللولى أن يقتل من شاء منهما ويأخذ نصف الدية من الآخر لأنهما كالشريكين فى القتل إذا كانا من أهل القود وإن قلنا لا يجب القود إلا على المكره الآمر دون المكره فللولى أن يقتل المكره ويأخذ من الآخر نصف الدية لأنهما كالشريكين غير أن القصاص يسقط بالشبهة فسقط عنه والدية لا تسقط بالشبهة فوجب عليه نصفها :

(فصل) وإن طرح رجلا فى نار يمكنه الخروج منها فلم يخرج حتى مات ففيه قولان أحدهما أنه تجب الدية لأن ترك التخلص من الهلاك لا يسقط به ضمان الجناية كما لو جرحه جراحة وقدر المجروح على مداواتها فترك المداواة حتى مات والقول الثانى أنها لا تجب وهو الصحيح لأن طرحه فى النار لا يحصل به التلف وإنما يحصل ببقائه فيها باختياره فسقط ضمانه كما لو جرحه جرحا يسيرا لا يخاف منه فوسعه حتى مات وإن طرحه فى ماء يمكنه الخروج منه فلم يخرج حتى مات ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالنار ومنهم من قال لا تجب قولا واحدا لأن الطرح فى الماء ليس بسبب للهلاك لأن الناس يطرحون أنفسهم فى الماء للسباحة وغيرها وإنما حصل الهلاك بمقامه فيه فسقط ضمانه بخلاف النار .

(فصل) وإن شد يديه ورجليه وطرحه فى ساحل فزاد الماء وهلك فيه نظرت فإن كانت الزيادة معلومة الوجود كالمد بالبصرة فهو عمد محض ويجب به القصاص لأنه قصد تغريقه وإن كان قد يزيد وقد لا يزيد فهو عمد خطأ وتجب به الدية المغلظة فإن كان فى موضع لا يزيد فيه الماء فزاد وهلك فيه فهو خطأ محض وتجب فيه الدية مخففة وإن شد يديه ورجليه وطرحه فى أرض مسبعة فقتله السبع فهو عمد خطأ وتجب فيه دية مغلظة وإن كان فى أرض غير مسبعة فقتله السبع فهو خطأ محض وتجب فيه دية مخففة :

(فصل) وإن سلم صبيا إلى سابح ليعلمه السباحة فغرق ضمنه السابح لأنه سلمه إليه ليحتاط فى حفظه فإذا هلك بالتعليم نسب إلى التفريط فضمنه كالمعلم إذا ضرب الصبى فمات وإن سلم البالغ نفسه إلى السابح فغرق لم يضمنه لأنه فى يد نفسه فلا ينسب إلى التفريط فى هلاكه إلى غيره فلا يجب ضمانه :

(فصل) وإن كان صبى على طرف سطح فصاح رجل ففزع فوقع من السطح ومات ضمنه لأن الصياح سبب لوقوعه وإن كان صياحه عليه فهو عمد خطأ وإن لم يكن صياحه عليه فهو خطأ وإن كان بالغ على طرف سطح فسمع الصيحة فى حال غفلته فخر ميتا ففيه وجهان أحدهما أنه كالصبى لأن البالغ فى حال غفلته يفزع من الصيحة كما يفزع الصبى والثانى لا يضمن لأن معه من الضبط ما لا يقع به مع الغفلة :

(فصل) وإن بعث السلطان إلى امرأة ذكرت عنده بسوء ففزعت فألقت جنينا ميتا وجب ضمانه لما روى أن عمر رضى الله عنه أرسل إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت ياويلها ما لها ولعمر فبينا هى فى الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولدا فصاح الصبى صيحتين ثم مات فاستشار عمر رضى الله عنه أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم أن ليس عليك شىء إنما أنت وال ومؤدب وصمت على رضى الله عنه فأقبل عليه فقال ما تقول يا أبا الحسن فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك إن ديته عليك لأنك أنت أفزعتها فألقت وإن فزعت المرأة فماتت لم تضمن لأن ذلك ليس بسبب لهلاكها فى العادة .

(فصل) وإن طلب رجل بصيرا بالسيف فوقع فى بئر أو ألقى نفسه من شاهق فمات لم يضمن لأن الطلب سبب والالقاء مباشرة فإذا اجتمعا سقط حكم السبب بالمباشرة ولأن الطالب لم يلجئه إلى الوقوع لأنه لو أدركه جاز أن لا يجنى عليه فصار كما لو جرحه رجل فذبح المجروح نفسه وإن طلب ضريرا فوقع فى بئر أو من شاهق ومات فإن كان عالما بالشاهق أو بالبئر لم يضمن لأنه كالبصير وإن لم يعلم وجب ضمانه لأنه ألجأه إليه فتعلق به الضمان كالشهود إذا شهدوا بالقتل ثم رجعوا وإن كان المطلوب صبيا أو مجنونا ففيه وجهان بناء على القولين فى عمدهما هل هو عمد أو خطأ فإن قلنا إن عمدهما عمد لم يضمن الطالب الدية وإن قلنا إنه

(قوله كالمد بالبصرة) هى زيادة ماء نهرها حتى يفيض على أرض تليه وأصل المد السيل يقال مد النهر ومده نهر آخر قال العجاج :
* سيل أتى مده أتى * (قوله فى أرض مسبعة) أى كثيرة السباع وقد ذكر (قوله إلى امرأة مغيبة) غاب عنها زوجها بالهاء وامرأة مشهد بغير هاء أى زوجها شاهد حاضر وفى الحديث حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة . والطلق وجع الولادة وقد ذكر

خطأ ضمن وإن طلب رجل رجلا فافترسه سبع فى طريقه نظرت فإن ألجأه الطالب إلى موضع السبع ضمنه كما لو ألقاه عليه وإن لم يلجئه إليه لم يضمنه لأنه لم يلجئه إليه وإن انخسف من تحته سقف فسقط ومات ففيه وجهان أحدهما لا يضمن كما لا يضمن إذا افترسه سبع والثانى يضمن لأنه ألجأه إلى ما لا يمكنه الاحتراز منه .

(فصل) وإن رماه من شاهق فاستقبله رجل بسيف فقده نصفين نظرت فان كان من شاهق يجوز أن يسلم الواقع منه وجب الضمان على القاطع لأن الرامى كالجارح والقاطع كالذابح وإن كان من شاهق لا يسلم الواقع منه ففيه وجهان أحدهما أنه يجب الضمان عليهما لأن كل واحد منهما سبب للاتلاف فصار كما لو جرحاه والثانى أن الضمان على القاطع لأن الرامى إنما يكون سببا للتلف إذا وقع المرمى على الأرض وههنا لم يقع على الأرض وصار الرامى صاحب سبب والقاطع مباشرا فوجب الضمان على القاطع

(فصل) إذا زنى بامرأة وهى مكرهة وأحبلها وماتت من الولادة ففيه قولان أحدهما يجب عليه ديتها لأنها تلفت بسبب من جهته تعدى به فضمنها والثانى لا يجب لأن السبب انقطع حكمه بنفى النسب عنه .

(فصل) وإن حفر بئرا فى طريق الناس أو وضع فيه حجرا أو طرح فيه ماء أو قشر بطيخ فهلك به إنسان وجب الضمان عليه لأنه تعدى به فضمن من هلك به كما لو جنى عليه وإن حفر بئرا فى الطريق ووضع آخر حجرا فعثر رجل بالحجر ووقع فى البئر فمات وجب الضمان على واضع الحجر لأنه هو الذى ألقاه فى البئر فصار كما لو ألقاه فيها بيده وإن وضع رجل حجرا فى الطريق فدفعه رجل على هذا الحجر فمات وجب الضمان على الدافع لأن الدافع مباشر وواضع الحجر صاحب سبب فوجب الضمان على المباشر وإن وضع رجل حجرا فى الطريق ووضع آخر حديدة بقربه فعثر رجل بالحجر ووقع على الحديدة فمات وجب الضمان على واضع الحجر وقال أبو الفياض البصرى إن كانت الحديدة سكينا قاطعة وجب الضمان على واضع السكين دون واضع الحجر لأن السكين القاطع موح وإن كانت غير قاطع وجب الضمان على واضع الحجر والأول هو الصحيح لأن الواضع هو المباشر وإن حفر بئرا فى طريق لا يستضر به الناس فإن حفرها لنفسه كان حكمه حكم الطريق الذى يستضر الناس بحفر البئر فيه لأنه لا يجوز أن يختص بشىء من طريق المسلمين وإن حفرها لمصلحة الناس فان كان بإذن الإمام فهلك به إنسان لم يضمن لأن ما فعله بإذن الإمام للمصلحة جائز فلا يتعلق به الضمان وإن كان بغير إذنه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يضمن لأنه حفرها لمصلحة المسلمين من غير إضرار فصار كما لو حفرها بإذن الإمام والثانى أنه يضمن لأن ما تعلق بمصلحة المسلمين يختص به الإمام فمن افتات عليه فيه كان متعديا فضمن من هلك به وإن بنى مسجدا فى موضع لا ضرر فيه أو علق قنديلا فى مسجد أو فرش فيه حصيرا من غير إذن الإمام فهلك به إنسان فهو كالبئر التى حفرها للمسلمين وإن حفر بئرا فى موات ليتملكها أو لينتفع بها الناس لم يضمن من هلك بها لأنه غير متعد فى حفرها وإن كان فى داره بئر قد غطى رأسها وكان بها كلب عقور فدخل رجل داره بغير إذنه فوقع فى البئر فمات أو عقره الكلب فمات لم يضمنه لأنه ليس من جهته تفريط فى هلاكه فإن دخلها بإذنه فوقع فى البئر ومات أو عقره الكلب فمات ففى ضمانه قولان كالقولين فيمن قدم طعاما مسموما إلى رجل فأكله فمات وإن قدم صبيا إلى هدف فأصابه سهم فمات ضمنه لأن الرامى كالحافر للبئر والذى قدمه كالملقى فيها فكان الضمان عليه وإن ترك على حائط جرة ماء فرمتها الريح على إنسان فمات لم يضمنه لأنه وضعها فى ملكه ووقعت من غير فعله وإن بنى حائطا فى ملكه فمال الحائط إلى الطريق ووقع على إنسان فقتله ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحاق أنه يضمن لأنه لما مال إلى الطريق لزمه إزالته فإذا لم يزله صار متعديا بتركه فضمن من هلك به كما لو أوقع حائطه مائلا إلى الطريق وترك نقضه حتى هلك به إنسان والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يضمن وهو المذهب لأنه بناه فى ملكه ووقع من غير فعله فأشبه إذا وقع من غير ميل .

(فصل) وإن أخرج جناحا إلى الطريق فوقع على إنسان ومات ضمن نصف ديته لأن بعضه فى ملكه وبعضه خارج عن ملكه فسقط نصف الدية لما فى ملكه وضمن نصفها للخارج عن ملكه وإن انكسرت خشبة من الخارج فوقعت على إنسان فمات ضمن جميع الدية لأنه هلك بالخارج من ملكه وإن نصب ميزابا فوقع على إنسان فمات به ففيه قولان قال فى القديم لا يضمن لأنه مضطر إليه ولا يجد بدا منه بخلاف الجناح وقال فى الجديد يضمن لأنه غير مضطر إليه لأنه كان يمكنه أن يحفر فى ملكه بئرا

(قوله فمن افتات عليه) الافتيات هو الافتعال من فات يفوت أى لم يدرك (قوله وإن نصب ميزابا) بالهمز وربما لم يهمز والجمع

يجرى الماء إليها فكان كالجناح ؛

(فصل) وإن كان معه دابة فأتلفت إنسانا أو مالا بيدها أو رجلها أو نابها أو بالت فى الطريق فزلق ببولها إنسان فوقع ومات ضمنه لأنها فى يده وتصرفه فكانت جنايتها كجنايته ؛

(فصل) وإن اصطدم فارسان أو راجلان وماتا وجب على كل واحد منهما نصف دية الآخر وقال المزنى إن استلقى أحدهما فانكب الآخر على وجهه وجب على المكب دية المستلقى وهدر دمه لأن الظاهر أن المنكب هو القاتل والمستلقى هو المقتول وهذا خطأ لأن كل واحد منهما هلك بفعله وفعل صاحبه فهدر النصف بفعله ووجب النصف بفعل صاحبه كما لو جرح كل واحد منهما نفسه وجرحه صاحبه ووجه قول المزنى لا يصح لأنه يجوز أن يكون المستلقى صدم صدمة شديدة فوقع مستلقيا من شدة صدمته وإن ركب صبيان أو أركبهما وليهما واصطدما وماتا فهما كالبالغين وإن أركبهما من لا ولاية له عليهما فاصطدما وماتا وجب على الذى أركبهما دية كل واحد منهما النصف بسبب ما جنى كل واحد من الصبيين على نفسه والنصف بسبب ما جناه الآخر عليه وإن اصطدمت امرأتان حاملان فماتتا ومات جنيناهما كان حكمهما فى ضمانهما حكم الرجلين فأما الحمل فإنه يجب على كل واحدة منهما نصف دية جنينها ونصف دية جنين الأخرى لجنايتهما عليهما ؛

(فصل) وإن وقف رجل فى ملكه أو فى طريق واسع فصدمه رجل فماتا هدر دم الصادم لأنه هلك بفعل هو مفرط فيه فسقط ضمانه كما لو دخل دار رجل فيها بئر فوقع فيها وتجب دية المصدوم على عاقلة الصادم لأنه قتله بصدمة هو متعد فيها وإن وقف فى طريق ضيق فصدمه رجل وماتا وجب على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر لأن الصادم قتل الواقف بصدمة هو مفرط فيها والمصدوم قتل الصادم بسبب هو مفرط فيه وهو وقوفه فى الطريق الضيق وإن قعد فى طريق ضيق فعثر به رجل فماتا كان الحكم فيه كالحكم فى الصادم والمصدوم وقد بيناه ؛

(فصل) فإن اصطدمت سفينتان وهلكتا وما فيهما فإن كان بتفريط من القيمين بأن قصرا فى آلتهما أو قدرا على ضبطهما فلم يضبطا أو سيرا فى ريح شديدة لا تسير السفن فى مثلها وإن كانت السفينتان وما فيهما لهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة ما فيها ويهدر النصف وإن كانتا لغيرهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينته ونصف قيمة ما فيها ونصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة ما فيها لما بيناه فى الفارسين فإن كان فى السفن رجال فهلكوا ضمن عاقلة كل واحد منهما نصف ديات ركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه فإن قصدا الاصطدام وشهد أهل الخبرة أن مثل هذا يوجب التلف وجب على كل واحد منهما القصاص لركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه وإن لم يفرطا ففى الضمان قولان أحدهما يجب كما يجب فى اصطدام الفارسين إذا عجزا عن ضبط الفرسين والثانى لا يجب لأنها تلفت من غير تفريط منهما فأشبه إذا تلفت بصاعقة واختلف أصحابنا فى موضع القولين فمنهم من قال القولان إذا لم يكن من جهتهما فعل بأن كانت السفن واقفة فجاءت الريح فقلعتها فأما إذا سيرا ثم جاءت الريح فغلبتهما ثم اصطدما وجب الضمان قولا واحدا لأن ابتداء السير كان منهما فلزمهما الضمان كالفارسين وقال أبو إسحاق وأبو سعيد القولان فى الحالين وفرقوا بينهما وبين الفارسين بأن الفارس يمكنه ضبط الفرس باللجام والقيم لا يمكنه ضبط السفينة فإن قلنا إنه يجب الضمان كان الحكم فيه كالحكم فيه إذا فرطا إلا فى القصاص فإنه لا يجب مع عدم التفريط وإن قلنا إنه لا يجب الضمان نظرت فإن كانت السفن وما فيها لهما لم يجب على كل واحد منهما ضمان وإن كانت السفن مستأجرة والمتاع الذى فيها أمانة كالوديعة ومال المضاربة لم يضمن لأن الجميع أمانة فلا تضمن مع عدم التفريط وإن كانت السفن مستأجرة والمتاع الذى فيها يحمل بأجرة لم يجب ضمان السفن لأنها أمانة وأما المال فهو مال فى يد أجير مشترك فإن كان معه صاحبه لم يضمن وإن لم يكن معه صاحبه فعلى القولين فى الأجير المشترك وإن كان أحدهما مفرطا والآخر غير مفرط كان الحكم فى المفرط ما ذكرناه إذا كانا مفرطين والحكم فى غير المفرط ما ذكرناه إذا كانا غير مفرطين ؛

المآزيب ويقال المزراب (قوله اصطدم) الصدم ضرب الشيء الصلب بمثله قاله الهروى (قوله المكب) هو الواقع على وجهه والمستلقى الواقع على قفاه قال الله تعالى «أفمن يمشى مكبا على وجهه» (قوله هدر دمه) يهدر بالكسر هدرا أى بطل. وأهدره السلطان أى أبطله والهدف الذى ينصب للرمى وقد ذكر (قوله على ضبطهما) ضبط الشيء حفظه بالحزم والجعل ضابط أى حازم ضبط يضبط بالكسر

(فصل) إذا كان فى السفينة متاع لرجل فثقلت السفينة فقال رجل لصاحب المتاع ألق متاعك فى البحر وعلى ضمانه فألقاه وجب عليه الضمان وقال أبو ثور لا يجب لأنه ضمان مالم يجب وهذا خطأ لأن ذلك ليس بضمان لأن الضمان يفتقر إلى مضمون عنه وليس ههنا مضمون عنه وإنما هو استدعاء إتلاف بعوض لغرض صحيح فان قال ألق متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة ألف فألقاه لزمه بحصته فان كانوا عشرة لزمه مائة وإن كانوا خمسة لزمه مائتان لأنه جعل الألف على الجميع فلم يلزمه أكثر من الحصة فإن قال أنا ألقيه على أنى وهم ضمناء فألقاه ففيه وجهان أحدهما أنه يجب عليه الحصة لما ذكرناه والثانى يجب عليه ضمان الجميع لأنه باشر الإتلاف :

(فصل) فإن رمى عشرة أنفس حجرا بالمنجنيق فرجع الحجر وقتل أحدهم سقط من ديته العشر ووجب تسعة أعشار الدية على الباقين لأنه مات من فعله وفعلهم فهدر بفعله العشر ووجب الباقى على التسعة :

(فصل) وإذا وقع رجل فى بئر ووقع آخر خلفه من غير جذب ولا دفع فان مات الأول وجبت ديته على الثانى لما روى على ابن رباح اللخمى أن بصيرا كان يقود أعمى فوقعا فى بئر فوقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر رضى الله عنه بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد فى الموسم :

يا أيها الناس لقيت منكرا   هل يعقل الأعمى الصحيح المبصرا   خرا معا كلاهما تكسرا

ولأن الأول مات بوقوع الثانى عليه فوجبت ديته عليه وإن مات الثانى هدرت ديته لأنه لا صنع لغيره فى هلاكه وإن ماتا جميعا وجبت دية الأول على الثانى وهدرت دية الثانى لما ذكرناه فإن جذب الأول الثانى ومات الأول هدرت ديته لأنه مات بفعل نفسه وإن مات الثانى وجبت ديته على الأول لأنه مات بجذبه وإن وقع الأول ثم وقع الثانى ثم وقع الثالث فان كان وقوعهم من غير جذب ولا دفع وجبت دية الأول على الثانى والثالث لأنه مات بوقوعهما عليه وتجب دية الثانى على الثالث لأنه انفرد بالوقوع عليه فانفرد بديته وتهدر دية الثالث لأنه مات من وقوعه فإن جذب بعضهم بعضا بأن وقع الأول وجذب الثانى وجذب الثانى الثالث وماتوا وجب للأول نصف الدية على الثانى لأنه مات من فعله بجذب الثانى ومن فعل الثانى بجذب الثالث فهدر النصف بفعله ووجب النصف ويجب للثانى نصف الدية على الأول لأنه جذبه ويسقط نصفها لأنه جذب الثالث ويجب للثالث الدية لأنه لا فعل له فى هلاك نفسه وعلى من تجب فيه وجهان أحدهما أنها تجب على الثانى لأنه هو الذى جذبه والوجه الثانى أنها تجب على الأول والثانى نصفين لأن الثانى جذبه والأول جذب الثانى فاضطره إلى جذب الثالث فكان كل واحد منهما سببا فى هلاكه فوجبت الدية عليهما :

(فصل) وإن تجارح رجلان وادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه قصد قتله فجرحه دفعا عن نفسه فالقول قول كل واحد منهما مع يمينه أنه ما قصد قتل صاحبه فإذا حلفا وجب على كل واحد منهما ضمان جرحه لأن الجرح قد وجد وما يدعيه كل واحد منهما من قصد الدفع عن نفسه لم يثبت فوجب الضمان :

(باب الديات)

دية الحر المسلم مائة من الإبل لما روى أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات وقرئ على أهل اليمن أن فى النفس مائة من الإبل فإن كانت الدية فى عمد أو شبه عمد وجبت مائة مغلظة أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وقال أبو ثور دية شبه العمد أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة لأنه لما كانت كدية الخطأ فى التأجيل والحمل على العاقلة كانت كدية الخطأ فى التخميس وهذا خطأ لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال ألا إن دية الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا دية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها

(قوله بالمنجنيق) هو آلة يرمى عنها بالحجارة معروفة يقال بفتح الميم وجاء كسرها عن ابن قتيبة وجمعه مجانق وهى معربة وأصلها بالفارسية من جى نيك أى ما أجودنى : وعلى بن رباح بضم العين وفتح اللام مصغرا وكان يقول لا أحل من صغر اسمى (قوله فى الموسم) هو مجتمع الحاج سمى بذلك لأنه معلم يجتمع فيه من السمة وهى العلامة (قوله خرا) أى سقطا على وجوههما

وروى مجاهد عن عمر رضي الله عنه أن دية شبه العمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة ويخالف الخطأ فإنه لم يقصد القتل ولا الجناية فخفف من كل وجه وفي شبه العمد لم يقصد القتل فجعل كالخطأ في التأجيل والحمل على العاقلة وقصد الجناية فجعل كالعمد في التغليظ بالأسنان وهل يعتبر في الخلفات السن مع الحمل فيه قولان أحدهما لا يعتبر لقوله صلى الله عليه وسلم منها أربعون خلفة في بطونها أولادها ولم يفرق والثاني يعتبر أن تكون ثنيات فما فوقها لأنه أحد أقسام أعداد إبل الدية فاختص بسن كالثلاثين وإن كانت في قتل الخطأ والقتل في غير الحرم وفي غير الأشهر الحرم والمقتول غير ذي رحم محرم للقاتل وجبت دية مخففة أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة لما روى أبو عبيدة عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال في الخطأ عشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض وعن سليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون دية الخطأ مائة من الإبل عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وإن كان القتل في الحرم أو في أشهر الحرم وهي ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب أو كان المقتول ذا رحم محرم للقاتل وجبت دية مغلظة لما روى مجاهد أن عمر رضي الله عنه قضى فيمن قتل في الحرم أو في الأشهر الحرم أو محرما بالدية وثلث الدية وروى أبو النجيح عن عثمان رضي الله عنه أنه قضى في امرأة قتلت في الحرم فجعل الدية ثمانية آلاف ستة آلاف الدية وألفين للحرم وروى نافع بن جبير أن رجلا قتل في البلد الحرام في شهر حرام فقال ابن عباس ديته اثنا عشر ألفا وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف فكملها عشرين ألفا فإن كان القتل في المدينة ففيه وجهان أحدهما أنه يغلظ لأنها كالحرم في تحريم الصيد فكذلك في تغليظ الدية والثاني لا تغلظ لأنها لا مزية لها على غيرها في تحريم القتل بخلاف الحرم واختلف قوله في عمد الصبي والمجنون فقال في أحد القولين عمدهما خطأ لأنه لو كان عمدا لأوجب القصاص فعلى هذا يجب بعمدهما دية مخففة والثاني أن عمدهما عمد لأنه يجوز تأديبهما على القتل فكان عمدهما عمدا كالبالغ العاقل فعلى هذا يجب بعمدهما دية مغلظة وما يجب فيه الدية من الأطراف فهو كالنفس في الدية المغلظة والدية المخففة لأنه كالنفس في وجوب القصاص والدية فكان كالنفس في الدية المغلظة والدية المخففة.

(فصل) وتجب الدية من الصنف الذي يملكه من تجب عليه الدية من القاتل أو العاقلة كما تجب الزكاة من الصنف الذي يملكه من تجب عليه الزكاة وإن كان عند بعض العاقلة من البخاتي وعند البعض من العراب أخذ من كل واحد منهم من الصنف الذي عنده وإن اجتمع في ملك كل واحد منهم صنفان ففيه وجهان أحدهما أنه يؤخذ من الصنف الأكثر فإن استويا دفع مما شاء منهما والثاني يؤخذ من كل صنف بقسطه بناء على القولين فيمن وجبت عليه الزكاة وماله أصناف وإن لم يكن عند من تجب عليه الدية إبل وجب من غالب إبل البلد فإن لم يكن في البلد إبل وجب من غالب أقرب البلاد إليه كما قلنا في زكاة الفطر وإن كانت إبل من تجب عليه الدية مراضا أو عجافا كلف أن يشتري إبلا صحاحا من الصنف الذي عنده لأنه بدل متلف من غير جنسه فلا يؤخذ فيهما معيب كقيمة الثوب المتلف وإن أراد الجاني دفع العوض عن الإبل مع وجودها لم يجبر الولي على قبوله وإن أراد الولي أخذ العوض عن الابل مع وجودها لم يجبر الجاني على دفعه لأن ما ضمن لحق الآدمي ببدل لم يجز الاجبار فيه على دفع العوض ولا على أخذه مع وجوده كذوات الأمثال وإن تراضيا على العوض جاز لأنه بدل متلف فجاز أخذ العوض فيه بالتراضي كالبدل في سائر المتلفات.

(فصل) وإن أعوزت الابل أو وجدت بأكثر من ثمن المثل ففيه قولان قال في القديم يجب ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن في النفس مائة من الابل وعلى أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم وروى ابن عباس رضي الله عنه أن رجلا قتل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر ألفا فعلى هذا إن كان في قتل يوجب التغليظ غلظ بثلث الدية لما رويناه عن عمر وعثمان وابن عباس في تغليظ الدية للحرم وقال في الجديد تجب قيمة الابل بالغة ما بلغت لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت قيمة الدية على

(قوله وإن أعوزت الابل) أعوز الشيء إذا احتاج إليه فلم يقدر عليه وعوز الشيء عوزا إذا لم يوجد ورجل معوز لا شيء عنده والعوز القلة

عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار او ثمانية آلاف درهم وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رضى الله عنه فقام عمر خطيبا فقال ألا إن الابل قد غلت قال فقوم على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاء ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة ولأن ما ضمن بنوع من المال وتعذر وجبت قيمته كذوات الأمثال :

(فصل) ودية اليهودى والنصرانى ثلث دية المسلم ودية المجوسى ثلثا عشر دية المسلم لما روى سعيد بن المسيب أن عمر رضى الله عنه جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم وأما الوثنى إذا دخل بأمان وعقدت له هدنة فديته ثلثا عشر دية المسلم لأنه كافر لا يحل للمسلم مناكحة أهل دينه فكانت ديته ثلثى عشر دية المسلم كالمجوسى وأما من لم تبلغه الدعوة فإنه إن عرف الدين الذى كان متمسكا به وجبت فيه دية أهل دينه وإن لم يعرف وجبت فيه دية المجوسى لأنه متحقق وما زاد مشكوك فيه فلم يجب وقال أبو إسحاق إن كان متمسكا بدين مبدل وجبت فيه دية أهل ذلك الدين وإن كان متمسكا بدين لم يبدل وجبت فيه دية مسلم لأنه مولود على الفطرة ولم يظهر منه عناد فكملت ديته كالمسلم والمذهب الأول لأنه كافر فلم تكمل ديته كالذمى وإن قطع يد ذمى ثم أسلم ومات وجبت فيه دية مسلم لأن الاعتبار فى الدية بحال استقرار الجناية وهو فى حال الاستقرار مسلم وإن جرح مسلم مرتدا فأسلم ومات من الجرح لم يضمن وقال الربيع فيه قول آخر أنه يضمن لأن الجرح استقر وهو مسلم قال أصحابنا هذا من كيس الربيع والمذهب الأول لأن الجرح وجد فيما استحق إتلافه فلم يضمن سرايته كما لو قطع الامام يد السارق فمات منه

(فصل) ودية المرأة نصف دية الرجل لأنه روى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهم

(فصل) ودية الجنين الحر غرة عبد أو أمة لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها غرة عبد أو أمة فقال حمل بن النابغة الهذلى كيف أغرم من لا أكل ولا شرب ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال النبى صلى الله عليه وسلم إنما هو من إخوان الكهان من أجل سجعه وان ضرب بطن امرأة منتفخة البطن فزال الانتفاخ أو بطن امرأة تجد حركة فى بطنها فسكنت الحركة لم يجب عليه شىء لأنه يمكن أن يكون ريحا فانفشت فلم يجب الضمان مع الشك وإن ضرب بطن امرأة فألقت مضغة لم تظهر فيها صورة الآدمى فشهد أربع نسوة أن فيها صورة الآدمى وجبت فيها الغرة لأنهن يدركن من ذلك ما لا يدرك غيرهن وإن ألقت مضغة لم تتصور فشهد أربع نسوة أنه خلق آدمى ولو بقى لتصور فعلى ما بيناه فى كتاب عتق أم الولد وإن ضرب بطن امرأة فألقت يدا أو رجلا أو غيرهما من أجزاء الآدمى وجبت عليه الغرة لأنا تيقنا أنه من جنين والظاهر أنه تلف من جناية فوجب ضمانه وإن ألقت رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غرة لأنه يجوز أن يكون جنينا برأسين أو أربعة أيد فلا يجب ضمان ما زاد على جنين بالشك وإن ضرب بطنها فألقت جنينا فاستهل أو تنفس أو شرب اللبن ومات فى الحال أو بقى متألما إلى أن مات وجبت فيه دية كاملة وقال المزنى إن

(قوله الحلل) الحلل ههنا الثياب : قال أبو عبيد الحلل برود اليمن والحلة إزار ورداء لا يسمى حلة حتى يكون ثوبين (قوله على الفطرة ولم يظهر منه عناد) الفطرة أصل الدين وقد ذكر فى السواك. والعناد هو الخلاف فى الحق وهو يعرفه (قوله ودية الجنين الحر غرة عبد أو أمة) يروى مخفوضا على الاضافة ويروى غرة عبد أو أمة مرفوعا على أن يكون صفة للغرة وغرة المال أكرمه وفلان غرة قومه أى سيدهم. والغرة عند العرب أنفس شىء يملك وقال القتيبى سمى غرة لأنه أفضل المال وأشهره .وسمى الجنين جنينا لأنه استجن فى البطن أى استتر واختفى وقد ذكر (قوله ومثل ذلك يطل) أى يبطل ويذهب يقال طل دمه أى ذهب هدرا قال الشنفرى :

إن بالشعب الذى دون سلع لقتيلا دمه لا يطل

والكسائى يجيز طل دمه بفتح الطاء أى بطل . وقد روى بطل بالباء بواحدة من تحت (قوله من إخوان الكهان) جمع كاهن معروف الذى يدعى علم الغيب والكاهن العالم بالعبرانية وإنما جعله من إخوان الكهان لأجل سجعه لأنهم كانوا يتكلمون بكلام مسجوع والسجع الكلام المقفى .

ألقته لدون ستة أشهر ومات ضمنه بالغرة ولايلزمه دية كاملة لأنه لم يتم له حياة وهذا خطأ لأننا تيقنا حياته والظاهر أنه تلف من جنايته فوجب عليه دية كاملة وإن ألقته حيا وجاء آخر وقتله فإن كان فيه حياة مستقرة كان الثانى هو القاتل فى وجوب القصاص والدية الكاملة والأول ضارب فى وجوب التعزير وإن قتله وليس فيه حياة مستقرة فالقاتل هو الأول وتلزمه الدية والثانى ضارب وليس بقاتل لأن جنايته لم تصادف حياة مستقرة وإن ضرب بطن امرأة فألقت جنينا وبقى زمانا سالما غير متألم ثم مات لم يضمنه لأن الظاهر أنه لم يمت من الضرب ولايلزمه ضمانه وإن ضربها فألقت جنينا فاختلج ثم سكن وجبت فيه الغرة دون الدية لأنه يجوز أن يكون اختلاجه للحياة ويجوز أن يكون بخروجه من مضيق لأن اللحم الطرى إذا حصل فى مضيق انقبض فإذا خرج منه اختلج فلا تجب فيه الدية الكاملة بالشك.

(فصل) ولايقبل فى الغرة ماله دون سبع سنين لأن الغرة هى الخيار ومن له دون سبع سنين ليس من الخيار بل يحتاج إلى من يكفله ولا يقبل الغلام بعد خمس عشرة سنة لأنه لايدخل على النساء ولا الجارية بعد عشرين سنة لأنها تتغير وتنقص قيمتها فلم تكن من الخيار ومن أصحابنا من قال يقبل مالم يطعن فى السن عبدا كان أو أمة ولايقبل إذا طعن فى السن لأنه يستغنى بنفسه قبل أن يطعن فى السن ولايستغنى إذا طعن فى السن ولايقبل فيه خصى وإن كثرت قيمته ولامعيب وإن قل عيبه لأنه ليس من الخيار ولايقبل إلا مايساوى نصف عشر الدية لأنه روى ذلك عن زيد بن ثابت رضى الله عنه ولأنه لايمكن إيجاب دية كاملة لأنه لم يكمل بالحياة ولايمكن إسقاط ضمانه لأنه خلق بشر فضمن بأقل ما قدر به الأرش وهو نصف عشر الدية لأنه قدر به أرش الموضحة ودية السن ولايجبر على قبول غير الغرة مع وجودها كما لايقبل فى دية النفس غير الابل مع وجودها فإن أعوزت الغرة وجب خمس من الابل لأن الابل هى أصل فى الدية فإن أعوزت وجبت قيمتها فى أحد القولين أو خمسون دينارا أو ستمائة درهم فى القول الآخر فإن كانت الجناية خطأ وجبت دية مخففة وإن كانت عمدا أو عمد خطأ وجبت دية مغلظة كما قلنا فى الدية الكاملة وإن كان أحد أبويه نصرانيا والآخر مجوسيا وجب فيه نصف عشر دية نصرانى لأن فى الضمان إذا وجد فى أحد أبويه ما يوجب فى الآخر ما يسقط غلب الايجاب ولهذا لو قتل المحرم صيدا متولدا بين مأكول وغير مأكول وجب عليه الجزاء وإن ضرب بطن امرأة نصرانية حامل بنصرانى ثم أسلمت ثم ألقت جنينا ميتا وجب فيه نصف عشر دية مسلم لأن الضمان يعتبر بحال استقرار الجناية والجنين مسلم عند استقرار الجناية فوجب فيه نصف عشر دية مسلم وما يجب فى الجنين يرثه ورثته لأنه بدل حر فورث عنه كدية غيره.

(باب أروش الجنايات)

والجنايات التى توجب الأروش ضربان جروح وأعضاء فأما الجروح فضربان شجاج فى الرأس والوجه وجروح فيما سواهما من البدن فأما الشجاج فهى عشر الحارصة وهى التى تكشط الجلد والدامية وهى التى يخرج منها الدم والباضعة وهى التى تشق اللحم والمتلاحمة وهى التى تنزل فى اللحم والسمحاق وهى التى تسميها أهل البلد الملطاط وهى التى تستوعب اللحم إلى أن تبقى غشاوة رقيقة فوق العظم والموضحة وهى التى تكشف عن العظم والهاشمة وهى التى تهشم العظم والمنقلة وتسمى أيضا المنقولة وهى التى تنقل العظم من مكان إلى مكان والمأمومة وتسمى أيضا الآمة وهى التى تصل إلى أم الرأس وهى جلدة رقيقة تحيط بالدماغ الدامغة وهى التى تصل إلى الدماغ.

(فصل) والذى يجب فيه أرش مقدر من هذه الشجاج أربع وهى الموضحة والهاشمة والمنقلة والمأمومة فأما الموضحة فالواجب فيها خمس من الابل لما روى أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات وفى الموضحة خمس من الابل ويجب ذلك فى الصغيرة والكبيرة وفى البارزة والمستورة بالشعر لأن اسم الموضحة يقع على الجميع وإن أوضح موضحتين بينهما حاجز وجب عليه أرش موضحتين لأنهما موضحتان وإن أزال الحاجز بينهما وجب أرش موضحة لأنه صار الجميع بفعله موضحة واحدة فصار كما لو أوضح الجميع من غير حاجز وإن تآكل مابينهما وجب أرش موضحة واحدة لأن سراية فعله كفعله وإن أزال المجنى عليه الحاجز وجب على

(قوله فألقت جنينا فاختلج) أى تحرك واضطرب (قوله طعن فى السن) أى دخل فيه يطعن بالضم.

الجانى أرش الموضحتين لأن ماوجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره وإن جاء آخر فأزال الحاجز وجب على الأول أرش الموضحتين وعلى الآخر أرش موضحة لأن فعل أحدهما لا ينبنى على الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته وإن أوضح موضحتين ثم قطع اللحم الذى بينهما فى الباطن وترك الجلد الذى فوقهما ففيه وجهان أحدهما يلزمه أرش موضحتين لانفصالهما فى الظاهر والثانى يلزمه أرش موضحة لاتصالهما فى الباطن وإن شج رأسه شجة واحدة بعضها موضحة وبعضها باضعة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة فلأن لا يلزمه والايضاح فى البعض أولى وإن أوضح جميع رأسه وقدره عشرون إصبعا ورأس الجانى خمس عشرة أصبعا اقتص فى جميع رأسه وأخذ عن الربع الباقى ربع أرش موضحة وخرج أبو على بن أبى هريرة وجها آخر أنه يأخذ عن الباقى أرش موضحة لأن هذا القدر لو انفرد لوجب فيه أرش موضحة وهذا خطأ لأنه إذا انفرد كان موضحة فوجب أرشها وههنا هو بعض موضحة فلم يجب فيه إلا ما يخصه :

(فصل) ويجب فى الهاشمة عشر من الابل لما روى قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت أنه قال فى الهاشمة عشر من الابل وإن ضرب رأسه بمثقل فهشم العظم من غير إيضاح ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه تجب فيه الحكومة لأنه كسر عظم من غير إيضاح فأوجب الحكومة ككسر عظم الساق والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه يجب فيه خمس من الابل وهو الصحيح لأنه لو أوضحه وهشمه وجب عليه عشر من الابل فدل على أن الخمس الزائدة لأجل الهاشمة وقد وجدت الهاشمة فوجب فيها الخمس وإن هشم هاشمتين بينهما حاجز وجب عليه أرش هاشمتين كما قلنا فى الموضحتين :

(فصل) ويجب فى المنقلة خمس عشرة من الابل لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن فى المنقلة خمس عشرة من الابل وإن أوضح رأسه موضحة ونزل فيها إلى الوجه ففيه وجهان أحدهما أنه يجب عليه أرش موضحتين لأنه أوضح فى عضوين فوجب أرش موضحتين كما لو فصل بينهما والثانى يجب أرش موضحة لأنها موضحة واحدة فأشبه إذا أوضح فى الهامة موضحة ونزل فيها إلى الناصية وإن أوضح فى الرأس موضحة ونزل فيها إلى القفا وجب عليه أرش الموضحة فى الرأس ويجب عليه حكومة فى الجراحة فى القفا لأنه ليس بمحل للموضحة فانفرد الجرح فيه بالضمان :

(فصل) ويجب فى المأمومة ثلث الدية لما روى عكرمة بن خالد أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى المأمومة بثلث الدية وأما الدامغة فقد قال بعض أصحابنا يجب فيها ما يجب فى المأمومة وقال أقضى القضاة أبو الحسن الماوردى البصرى يجب عليه أرش المأمومة وحكومة لأن خرق الجلد جناية بعد المأمومة فوجب لأجلها حكومة :

(فصل) وإن شج رأس رجل موضحة فجاء آخر فجعلها هاشمة وجاء آخر فجعلها منقلة وجاء آخر فجعلها مأمومة وجب على الأول خمس من الابل وعلى الثانى خمس وعلى الثالث خمس وعلى الرابع ثمان عشر بعيرا وثلث لأن ذلك جناية كل واحد منهم .

(فصل) وأما الشجاج التى قبل الموضحة وهى خمسة الخارصة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق فينظر فيها فإن أمكن معرفة قدرها من الموضحة بأن كانت فى الرأس موضحة فشج رجل بجنبها باضعة أو متلاحمة وعرف قدر عمقها ومقدارها من الموضحة من نصف أو ثلث أو ربع وجب عليه قدر ذلك من أرش الموضحة لأنه يمكنه تقدير أرشها بنفسها فلم تقدر بغيرها وإن لم يمكن معرفة قدرها من الموضحة وجبت فيها الحكومة لأن تقدير الأرش بالشرع ولم يرد الشرع بتقدير الأرش فيما دون الموضحة وتعذر معرفة قدرها من الموضحة فوجبت فيها الحكومة :

(فصل) وأما الجروح فيما سوى الرأس والوجه فضربان جائفة وغير جائفة فأما غير الجائفة فهى الجراحات التى لا تصل إلى جوف والواجب فيها الحكومة فإن أوضح عظما فى غير الرأس والوجه أو هشمه أو نقله وجب فيه الحكومة لأنها لا تشارك نظائرها من الشجاج التى فى الرأس والوجه فى الاسم ولا تساويها فى الشين والخوف عليه منها فلم تساوها فى تقدير الأرش وأما الجائفة

وهى التى تصل إلى الجوف من البطن أو الظهر أو الورك أو الصدر أو ثغرة النحر فالواجب فيها ثلث الدية لما روى فى حديث عمرو ابن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن فى الجائفة ثلث الدية فإن أجاف جائفتين بينهما حاجز وجب فى كل واحدة منهما ثلث الدية وإن أجاف جائفة فجاء آخر ووسعها فى الظاهر والباطن وجب على الثانى ثلث الدية لأن هذا القدر لو انفرد لكان جائفة فوجب فيه أرش الجائفة فإن وسعها فى الظاهر دون الباطن أو فى الباطن دون الظاهر وجب عليه حكومة لأن جنايته لم تبلغ الجائفة وإن جرح فخذه وجر السكين حتى بلغ الورك وأجاف فيه أو جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر وأجاف فيه وجب فيه أرش الجائفة وحكومة فى الجراحة لأن الجراحة فى غير موضع الجائفة فانفردت بالضمان كما قلنا فيمن نزل فى موضحة الرأس إلى القفا وإن طعن بطنه بسنان فأخرجه من ظهره أو طعن ظهره فأخرجه من بطنه وجب عليه فى الداخل إلى الجوف أرش الجائفة لأنها جائفة وفى الخارج منه إلى الظاهر وجهان أحدهما وهو المنصوص أنه جائفة ويجب فيها أرش جائفة أخرى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر رضى الله عنه قضى فى الجائفة إذا نفذت من الجوف جائفتان ولأنها جراحة نافذة إلى الجوف فوجب فيها أرش جائفة كالداخلة إلى الجوف والثانى ليس بجائفة ويجب فيها حكومة لأن الجائفة ما تصل من الظاهر إلى الجوف وهذه خرجت من الجوف إلى الظاهر فوجب فيها حكومة .

(فصل) وإن طعن وجنته فهشم العظم ووصلت إلى الفم ففيه قولان أحدهما أنها جائفة ويجب فيها ثلث الدية لأنها جراحة من ظاهر إلى جوف فأشبهت الجراحة الواصلة إلى الباطن والثانى أنه ليس بجائفة لأنه لا تشارك الجائفة فى إطلاق الاسم ولا تساويها فى الخوف عليه منها فلم تساوها فى أرشها فعلى هذا يجب عليه دية هاشمة لأنه هشم العظم ويجب عليه حكومة لما زاد على الهاشمة :

(فصل) وإن خاط الجائفة فجاء رجل وفتق الخياطة نظرت فإن كان قبل الالتحام لم يلزمه أرش لأنه لم توجد منه جناية ويلزمه قيمة الخيط وأجرة المثل للخياطة وإن كان بعد التحام الجميع لزمه أرش جائفة لأنه بالالتحام عاد إلى ما كان قبل الجناية ويلزمه قيمة الخيط ولا تلزمه أجرة الخياطة لأنها دخلت فى أرش الجائفة وإن كان بعد التحام بعضها لزمه الحكومة لجنايته على ما التحم وتلزمه قيمة الخيط ولا تلزمه أجرة الخياطة لأنها دخلت فى الحكومة :

(فصل) وإن أدخل خشبة أو حديدة فى دبر إنسان فخرق حاجزا فى الباطن ففيه وجهان بناء على الوجهين فيمن خرق الحاجز بين الموضحتين فى الباطن أحدهما يلزمه أرش جائفة لأنه خرق حاجزا إلى الجوف والثانى تلزمه حكومة لبقاء الحاجز الظاهر :

(فصل) وإن أذهب بكارة امرأة بخشبة أو نحوها لزمته حكومة لأنه إتلاف حاجز وليس فيه أرش مقدر فوجبت فيه الحكومة وإن أذهبها بالوطء لم يلزمه أرش لأنها إن طاوعته فقد أذنت فيه وإن أكرهها دخل أرشها فى المهر لأنا نوجب عليه مهر بكر :

(فصل) وأما الأعضاء فيجب الأرش فى إتلاف كل عضو فيه منفعة أو جمال فيجب فى إتلاف العينين الدية وفى أحدهما نصفها لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى كتاب كتبه لعمرو بن حزم هذا كتاب الجروح فى النفس مائة من الابل وفى العين خمسون من الابل فأوجب فى كل عين خمسين من الابل فدل على أنه يجب فى العينين مائة ولأنها من أعظم الجوارح جمالا ومنفعة ويجب فى عين الأعور نصف الدية للخبر ولأن ما ضمن بنصف الدية مع بقاء نظيره ضمن به مع فقد نظيره كاليد وإن جنى على عينيه أو رأسه أو غيرها فذهب ضوء العينين وجبت الدية لأنه أتلف المنفعة المقصودة بالعضو فوجبت ديته كما لو جنى على يده فشلت وإن ذهب الضوء من إحداهما وجب نصف الدية لأن ما أوجب الدية فى إتلافهما أوجب نصف الدية فى إتلاف إحداهما كاليدين وإن أزال الضوء وأخذت منه الدية ثم عاد وجب رد الدية لأنه لما عاد علمنا أنه لم يذهب لأن الضوء إذا ذهب لم يعد وإن أزال الضوء فشهد عدلان من أهل الخبرة أنه يرجى عوده فإن لم يقدر لعوده مدة معلومة لم ينتظر لأن الانتظار إلى غير مدة معلومة يؤدى إلى إسقاط موجب الجناية وإن قدرا مدة معلومة انتظر وإن عاد الضوء لم يجب شىء وإن لم يعد أخذ الجانى بموجب الجناية من القصاص أو الدية وإن مات قبل انقضاء المدة لم يجب القصاص لأنه موضع شبهة لأنه يجوز أن لا يكون بطل الضوء ولعله لو عاش لعاد

والقصاص يسقط بالشبهة وأما الدية فقد قال فيمن قلع سنا وقال أهل الخبرة يرجى عوده إلى مدة فمات قبل انقضائها إن في الدية قولين أحدهما تجب لأنه أتلف ولم يعد والثاني لا تجب لأنه لم يتحقق الاتلاف ولعله لو بقي لعاد فمن أصحابنا من جعل في دية الضوء قولين ومنهم من قال تجب دية الضوء قولا واحدا لأن عود الضوء غير معهود بخلاف السن فإن عودها معهود .

(فصل) فإن جنى على عينيه فنقص الضوء منهما فإن عرف مقدار النقصان بأن كان يرى الشخص من مسافة فصار لا يراه إلا من نصف تلك المسافة وجب من الدية بقسطها لأنه عرف مقدار ما نقص فوجب بقسطه وإن لم يعرف قدر النقصان بأن ساء إدراكه وجبت فيه الحكومة لأنه تعذر التقدير فوجبت فيه الحكومة وإن نقص الضوء في إحدى العينين عصبت العليلة وأطلقت الصحيحة ووقف له شخص في موضع يراه ثم لا يزال يبعد الشخص ويسأل عنه إلى أن يقول لا أراه ويمسح قدر المسافة ثم تطلق العليلة وتعصب الصحيحة ولا يزال يقرب الشخص إلى أن يراه ، ثم ينظر ما بين المسافتين فيجب من الدية بقسطها :

(فصل) وإن جنى على عين صبي أو مجنون فذهب ضوء عينه وقال أهل الخبرة قد زال الضوء ولا يعود ففيه قولان أحدهما أنه لا يجب عليه في الحال شيء حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ويدعي زوال الضوء لجواز أن لا يكون الضوء زائلا والقول الثاني أنه يجب القصاص أو الدية لأن الجناية قد وجدت فتعلق بها موجبها :

(فصل) وإن جني على عين فشخصت أو أحولت وجبت عليه حكومة لأنه نقصان جمال من غير منفعة فضمن بالحكومة وإن أتلف عينا قائمة وجبت عليه الحكومة لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فوجبت فيها الحكومة :

(فصل) ويجب في الجفون الدية لأن فيها جمالا كاملا ومنفعة كاملة لأنها تقي العين من كل ما يؤذيها ويجب في كل واحد منها ربع الدية لأنه محدود لأنه ذو عدد تجب الدية في جميعها فوجب في كل واحد منها ما يخصها من الدية كالأصابع وإن قلع الأجفان والعينين وجب عليه ديتان لأنهما جنسان يجب بإتلاف كل واحد منهما الدية فوجب بإتلافهما ديتان كاليدين والرجلين فإن أتلف الأهداب وجبت عليه الحكومة لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فضمن بحكومة وإن قلع الأجفان وعليها الأهداب ففيه وجهان أحدهما لا يجب للأهداب حكومة لأنه شعر نابت في العضو المتلف فلا يفرد بالضمان كشعر الذراع والثاني يجب للأهداب حكومة لأن فيها جمالا ظاهرا فأفردت عن العضو بالضمان .

(فصل) ويجب في الأذنين الدية وفي أحدهما نصفها لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم في الأذن خمسون من الابل فأوجب في الأذن خمسين من الابل فدل على أنه يجب في الأذنين مائة ولأن فيهما جمالا ظاهرا ومنفعة مقصودة وهو أنها تجمع الصوت وتوصله إلى الدماغ فوجب فيها الدية كالعين وإن قطع بعضها من نصف أو ربع أو ثلث وجب فيه من الدية بقسطه لأن ما وجبت الدية فيه وجبت في بعضه بقسطه كالأصابع وإن ضرب أذنه فاستحشفت ففيه قولان أحدهما تجب عليه الدية كما لو ضرب يده فشلت والثاني تجب عليه الحكومة لأن منفعة الأذن جمع الصوت وذلك لا يزول بالاستحشاف بخلاف اليد فإن منفعتها بالبطش وذلك يزول بالشلل وإن قطع أذنا مستحشفة فإن قلنا إنه إذا ضربها فاستحشفت وجبت عليه الدية وجب في المستحشفة الحكومة كما لو قطع يدا شلاء وإن قلنا إنه تجب عليه الحكومة وجب في المستحشفة الدية كما لو قطع يدا مجروحة فإن قطع أذن الأصم وجبت عليه الدية لأن عدم السمع نقص في غير الاذن فلا يؤثر في دية الأذن :

(فصل) ويجب في السمع الدية لما روى أبو المهلب عن أبي قلابة أن رجلا رمى رجلا بحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى فيه عمر رضي الله عنه بأربع ديات والرجل حي ولأنها حاسة تختص بمنفعة فأشبهت حاسة البصر وإن أذهب السمع في أحد الأذنين وجب نصف الدية لأن كل شيئين وجبت الدية فيهما وجب نصفها في أحدهما كالأذنين وإن قطع الأذنين

(قوله وإن جني على عين فشخصت) يقال شخص بصره إذا فتح عينه وجعل لا يطرف (قوله الأهداب) جمع هدب وهو شعر جفن العين يقال هدب وهدب (قوله فاستحشفت) أي يبست وانقبضت كهيئة الجلد إذا ترك على النار مأخوذ من حشف التمر وهو شراره الذي ييبس قبل إدراكه فلا يكون فيه لحم ولا طعم

وذهب السمع وجب عليه ديتان لأن السمع فى غير الأذن فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر وإن جنى عليه فزال السمع وأخذت منه الدية ثم عاد وجب رد الدية لأنه لم يذهب السمع لأنه لو ذهب لما عاد وإن ذهب السمع فشهد شاهدان من أهل الخبرة أنه يرجى عوده إلى مدة فالحكم فيه كالحكم فى العين إذا ذهب ضوؤها فشهد شاهدان أنه يرجى عوده وقد بيناه وإن نقص السمع وجب أرش مانقص فإن عرف القدر الذى نقص بأن كان يسمع الصوت من مسافة فصار لا يسمع إلا من بعضها وجب فيه من الدية بقسطه وإن لم يعرف القدر بأن ثقلت أذنه وساء سمعه وجبت الحكومة وإن نقص السمع فى أحد الأذنين سدت العليلة وأطلقت الصحيحة ويؤمر رجل حتى يصيح من موضع يسمعه ثم لا يزال يبعد ويصيح إلى أن يقول لا أسمع ثم تمسح المسافة ثم تطلق العليلة وتسد الصحيحة ثم يصيح الرجل ثم لا يزال يقرب ويصيح إلى أن يسمعه وينظر مابين المسافتين ويجب من الدية بقسطه .

(فصل) ويجب فى مارن الأنف الدية لما روى طاوس قال كان فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الأنف إذا أوعب مارنه جدعا الدية ولأنه عضو فيه جمال ظاهر ومنفعة كاملة ولأنه يجمع الشم ويمنع من وصول التراب إلى الدماغ والأخشم كالأشم فى وجوب الدية لأن عدم الشم نقص فى غير الأنف فلا يؤثر فى دية الأنف ويخالف العين القائمة فإن عدم البصر نقص فى العين فمنع من وجوب الدية فى العين وإن قطع جزءا من المارن كالنصف والثلث وجب فيه من الدية بقدره لأن ماضمن بالدية يضمن بعضه بقدره من الدية كالأصابع وإن قطع أحد المنخرين ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص أن عليه نصف الدية لأنه أذهب نصف الجمال ونصف المنفعة والثانى يجب عليه ثلث الدية لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشياء المنخرين والحاجز فوجب فى كل واحد من المنخرين ثلث الدية وإن قطع أحد المنخرين والحاجز وجب عليه على الوجه الأول نصف الدية للحاجز وعلى الوجه الثانى يجب عليه ثلثا الدية ثلث للحاجز وثلث للمنخر وإن شق الحاجز وجب عليه حكومة وإن قطع المارن وقصبة الأنف وجب عليه الدية فى المارن والحكومة فى القصبة لأن القصبة تابعة فوجب فيها الحكومة كالذراع مع الكف وإن جنى على المارن فاستحشف ففيه قولان كالقولين فيمن جنى على الأذن حتى استحشف أحدهما تجب عليه الدية والثانى تجب عليه الحكومة وقد مضى وجههما فى الأذن .

(فصل) وتجب بإتلاف الشم الدية لأنها حاسة تختص بمنفعة مقصودة فوجب بإتلافها الدية كالسمع والبصر وإن ذهب الشم من أحد المنخرين وجب فيه نصف الدية كما تجب فى إذهاب البصر من أحد العينين والسمع من أحد الأذنين وإن جنى عليه فنقص الشم وجب عليه أرش مانقص وإن أمكن أن يعرف قدر مانقص وجب فيه من الدية بقدره وإن لم يمكن معرفة قدره وجبت فيه الحكومة لما بيناه فى نقصان السمع وإن ذهب الشم وأخذت فيه الدية ثم عاد وجب رد الدية لأنا تبينا أنه لم يذهب وإنما حال دونه حائل لأنه لو ذهب لم يعد.

(فصل) وإن جنى على رجل جناية لا أرش لها بأن لطمه أو لكمه أو ضرب رأسه بحجر فزال عقله وجبت عليه الدية لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم وفى العقل الدية ولأن العقل أشرف من الحواس لأن به يتميز الانسان من البهيمة وبه يعرف حقائق المعلومات ويدخل فى التكليف فكان بإيجاب الدية أحق وإن نقص عقله فان كان يعرف قدر مانقص بأن يجن يوما ويفيق يوما وجب عليه من الدية بقدره لأن ماوجبت فيه الدية وجب بعضها فى بعضه كالأصابع وإن لم يعرف قدره بأن صار إذا سمع صيحة زال عقله ثم يعود وجبت فيه الحكومة لأنه تعذر إيجاب جزء مقدر من الدية فعدل إلى الحكومة فان كانت الجناية لها أرش مقدر نظرت فإن بلغ الأرش قدر الدية أو أكثر لم يدخل فى دية العقل ولم تدخل فيه دية العقل لما روى أبو المهلب عم أبى قلابة أن رجلا رمى رجلا بحجر فى رأسه فذهب عقله وسمعه ولسانه ونكاحه فقضى فيه عمر رضى الله عنه بأربع ديات وهو حى وإن كان الأرش دون الدية كأرش الموضحة ونحوه ففيه قولان قال فى القديم يدخل فى دية العقل لأنه معنى يزول التكليف بزواله فدخل أرش الطرف فى ديته كالنفس وقال فى الجديد لا يدخل وهو الصحيح لأنه لو دخل فى ديته مادون الدية لدخلت فيها الدية كالنفس ولأن العقل فى محل والجناية فى محل آخر فلا يدخل أرشها فى ديتها كما لو أوضح

(قوله إذا أوعب مارنه جدعا) أوعب واستوعب استؤصل واستقصى . والمارن مالان من الأنف والجدع قطع الأنف وقطع الأذن

رأسه فذهب بصره وإن شهر سيفا على صبى أو بالغ مضعوف أو صاح عليه صيحة عظيمة فزال عقله وجبت عليه الدية لأن ذلك سبب لزوال عقله وإن شهر سيفا على بالغ متيقظ أو صاح عليه فزال عقله لم تجب عليه الدية لأن ذلك ليس بسبب لزوال عقله

(فصل) ويجب فى الشفتين الدية لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم فى الشفتين الدية ولأن فيهما جمالا ظاهرا ومنافع كثيرة لأنهما يقيان الفم من كل مايؤذيه ويردان الريق وينفخ بهما ويتم بهما الكلام ويجب فى إحداهما نصف الدية لأن كل شيئين وجب فيهما الدية وجب فى أحدهما نصف الدية كالعينين والأذنين وإن قطع بعضها وجب فيه من الدية بقدره كما قلنا فى الأذن والمارن وإن جنى عليهما فيبستا وجبت عليه الدية لأنه أتلف منافعهما فوجبت عليه الدية كما لو جنى على يديه فشلتا فإن تقلصتا وجبت عليه الحكومة لأن منافعهما لم تبطل وإنما حدث بهما نقص .

(فصل) ويجب فى اللسان الدية لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم وفى اللسان الدية ولأن فيه جمالا ظاهرا ومنافع فأما الجمال فإنه من أحسن مايتجمل به الإنسان والدليل عليه ماروى محمد بن على بن الحسين أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للعباس أعجبنى جمالك ياعم النبى فقال يارسول الله وما الجمال فى الرجل قال اللسان ويقال المرء بأصغريه قلبه ولسانه ويقال ما الإنسان لولا اللسان إلا صورة ممثلة أو بهيمة مهملة وأما المنافع فإنه يبلغ به الأغراض ويقضى به الحاجات وبه تتم العبادات فى القراءة والأذكار وبه يعرف ذوق الطعام والشراب ويستعين به فى مضغ الطعام وإن جنى عليه فخرس وجبت عليه الدية لأنه أتلف عليه المنفعة المقصودة فأشبه إذا جنى على اليد فشلت أو على العين فعميت وإن ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدره لأن ماضمن جميعه بالدية ضمن بعضه ببعضها كالأصابع ويقسم على حروف كلامه لأن حروف اللغات مختلفة الأعداد فإن فى بعض اللغات ماعدد حروف كلامها أحد وعشرون حرفا ومنها ماعدد حروفها ستة وعشرون وحروف لغة العرب ثمانية وعشرون حرفا فإن كان المجنى عليه يتكلم بالعربية قسمت ديته على ثمانية وعشرين حرفا وقال أبو سعيد الاصطخرى يقسم على حروف اللسان وهى ثمانية عشر حرفا ويسقط حروف الحلق وهى ستة الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين ويسقط حروف الشفة وهى أربعة الباء والميم والفاء والواو والمذهب الأول لأن هذه الحروف وإن كان مخرجها الحلق والشفة إلا أن الذى ينطق بها هو اللسان ولهذا لاينطق بها الأخرس وإن ذهب حرف من كلامه وعجز به عن كلمة وجب عليه أرش الحرف لأن الضمان يجب لما تلف وإن جنى على لسانه فصار ألثغ وجب عليه دية الحرف الذى ذهب لأن ماابتدل به لايقوم مقام الذاهب وإن جنى عليه فحصل فى لسانه ثقل لم يكن أو عجلة لم تكن أو تمتمة لم تجب عليه دية لأن المنفعة باقية وتجب عليه حكومة لما حصل من النقص والشين .

(فصل) وإن قطع ربع لسانه فذهب ربع كلامه وجب عليه ربع الدية وإن قطع نصف لسانه وذهب نصف كلامه وجب عليه نصف الدية لأن الذى فات من العضو والكلام سواء فى القدر فوجب من الدية بقدر ذلك فإن قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب عليه نصف الدية وإن قطع نصف اللسان وذهب ربع الكلام وجب عليه نصف الدية واختلف أصحابنا فى علته فمنهم من قال العلة فيه أن مايتلف من اللسان مضمون ومايذهب من الكلام مضمون وقد اجتمعا فوجب أكثرهما وقال أبو إسحاق الاعتبار باللسان إلا أنه إذا قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام دل ذهاب نصف الكلام على شلل ربع آخر من اللسان فوجب عليه نصف الدية ربعها بالقطع وربعها بالشلل فإن قطع ربع اللسان وذهب نصف الكلام وقطع آخر مابقى من اللسان وجب عليه على تعليل الأول ثلاثة أرباع الدية اعتبارا بما بقى من اللسان ويجب عليه على تعليل أبى إسحاق نصف الدية وحكومة لأنه قطع من اللسان نصفا صحيحا وربعا أشل وإن قطع واحد نصف لسانه وذهب ربع الكلام وجاء الثانى وقطع

(قوله مضعوف) يعنى ضعيف العقل (قوله فإن تقلصتا) أى ارتفعتا عن الأسنان . يقال قلص وتقلص فهو قالص وقلص بمعنى مخفف ومشدد . وقلصت شفته أى انزوت وشفة قالصة وقال فى البيان بحيث لاينبسطان ولاتنقبض إحداهما على الأخرى (قوله بهيمة مهملة) أى بلاراع يقال إبل همل بالتحريك وهاملة وهوامل وتركتها هملا أى سدى إذا تركتها ليلا ونهارا بلاراع (قوله فصار ألثغ) اللثغة فى اللسان أن يصير الراء غينا أو لاما أو سينا . وقد لثغ بالكسر يلثغ لثغا فهو ألثغ وقد ذكر . والتمتمة التعثر فى التاء وقد ذكرت . واللثة بكسر اللام والتخفيف ماحول الأسنان . وأصلها لثى والهاء عوض من الياء وجمعها اللثات واللثى

الباقى وجب عليه على تعليل الأول ثلاثة أرباع الدية اعتبارا بما ذهب من الكلام ويجب عليه على تعليل أبى إسحاق نصف الدية اعتبارا بما قطع من اللسان وإن قطع نصف لسانه فذهب نصف كلامه فاقتص منه فذهب نصف كلامه فقد استوفى المجنى عليه حقه وإن ذهب ربع كلامه أخذ المجنى عليه مع القصاص ربع الدية لتمام حقه فإن ذهب بالقصاص ثلاثة أرباع كلامه لم يضمن الزيادة لأنه ذهب بقود مستحق .

(فصل) وإن كان لرجل لسان له طرفان فقطع رجل أحد الطرفين فذهب كلامه وجبت عليه الدية وإن ذهب نصفه وجب عليه نصف الدية وإن ذهب ربعه وجب عليه ربع الدية وإن لم يذهب من الكلام شىء نظرت فإن كانا متساويين فى الخلقة فهما كاللسان المشقوق ويجب بقطعهما الدية وبقطع أحدهما نصف الدية وإن كان أحدهما تام الخلقة والآخر ناقص الخلقة فالتام هو اللسان الأصلى والآخر خلقة زائدة فإن قطعهما قاطع وجب عليه دية وحكومة وإن قطع التام وجبت عليه دية وإن قطع الناقص وجبت عليه حكومة .

(فصل) وإن جنى على لسانه فذهب ذوقه فلا يحس بشىء من المذاق وهى خمسة الحلاوة والمرارة والحموضة والملوحة والعذوبة وجبت عليه الدية لأنه أتلف عليه حاسة لمنفعة مقصودة فوجبت عليه الدية كما لو أتلف عليه السمع أو البصر وإن نقص بعض الذوق نظرت فإن كان النقصان لا يتقدر بأن كان يحس بالمذاق الخمس إلا أنه لا يدركها على كمالها وجبت عليه الحكومة لأنه نقص لا يمكن تقدير الأرش فيه فوجبت فيه حكومة وإن كان نقصا يتقدر بأن لا يدرك أحد المذاق الخمس ويدرك الباقى وجب عليه خمس الدية وإن لم يدرك اثنين وجب عليه خمسان لأنه يتقدر المتلف فيقدر الأرش .

(فصل) وإن قطع لسان أخرس فإن كان بقى بعد القطع ذوقه وجبت عليه الحكومة لأنه عضو بطلت منفعته فضمن بالحكومة كالعين القائمة واليد الشلاء وإن ذهب ذوقه بالقطع وجبت عليه دية كاملة لاتلاف حاسة الذوق وإن قطع لسان طفل فإن كان قد تحرك بالبكاء أو بما يعبر عنه اللسان كقوله بابا وماما وجبت عليه الدية لأنه لسان ناطق وإن لم يكن تحرك بالبكاء ولا بما يعبر عنه اللسان فإن كان بلغ حدا يتحرك اللسان فيه بالبكاء والكلام وجبت الحكومة لأن الظاهر أنه لم يكن ناطقا لأنه لو كان ناطقا لتحرك بما يدل عليه وإن قطعه قبل أن يمضى عليه زمان يتحرك فيه اللسان وجبت عليه الدية لأن الظاهر السلامة فضمن كما تضمن أطرافه وإن لم يظهر فيها بطش .

(فصل) وإن قطع لسان رجل فقضى عليه بالدية ثم نبت لسانه فقد قال فيمن قلع سن من ثغر ثم نبت سنه أنه على قولين أحدهما يرد الدية والثانى لا يرد فمن أصحابنا من جعل اللسان أيضا على قولين وهو قول أبى إسحاق لأنه إذا كان فى السن التى لا تنبت فى العادة إذا نبتت قولان وجب أن يكون فى اللسان أيضا قولان ومنهم من قال لا يرد الدية فى اللسان قولا واحدا وهو قول أبى على بن أبى هريرة والفرق بينه وبين السن أن فى جنس السن ما يعود وليس فى جنس اللسان ما يعود فوجب أن يكون ما عاد هبة مجددة فلم يسقط به بدل ما أتلف عليه وإن جنى على لسانه فذهب كلامه وقضى عليه بالدية ثم عاد الكلام وجب رد الدية قولا واحدا لأن الكلام إذا ذهب لم يعد فلما عاد علمنا أنه لم يذهب وإنما امتنع لعارض .

(فصل) ويجب فى كل سن خمس من الابل لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن وفى السن خمس من الابل والأنياب والأضراس والثنايا والرباعيات فى ذلك سواء للخبر ولأنه جنس ذو عدد فلم تختلف ديتها باختلاف منافعها كالأصابع وإن قلع ما ظهر وخرج من لحم اللثة وبقى السنخ لزمه دية السن لأن المنفعة والجمال فيما ظهر فكملت ديته كما لو قطع الأصابع دون الكف فإن عاد هو أو غيره وقلع السنخ المغيب وجبت عليه حكومة لأنه تابع لما ظهر فوجبت فيه الحكومة كما لو قطع الكف بعد ما قطع الأصابع وإن قلع السن من أصلها مع السنخ لم يلزمه لما تحتها من السنخ حكومة لأن السنخ تابع لما ظهر فدخل فى ديته كالكف إذا قطع مع الأصابع وإن كسر بعض السن طولا أو عرضا وجب عليه من دية السن بقدر ما كسر منها من النصف أو الثلث أو الربع لأن ما وجب فى جميعه الدية وجب فى بعضه من الدية بقدره

(قوله السنخ) السنخ الأصل ، وأسناخ الأسنان أصولها .

كالأصابع ويعتبر القدر من الظاهر دون السنخ المغيب لأن الدية تكمل بقطع الظاهر فاعتبر المكسور منه فإن ظهر السنخ المغيب بعلة اعتبر القدر المكسور مما كان ظاهرا قبل العلة لا مما ظهر بالعلة لأن الدية تجب فيما كان ظاهرا فاعتبر القدر المكسور منه :

(فصل) وإن قلع سنا فيها شق أو أكلة فإن لم يذهب شيء من أجزائها وجبت فيها دية السن كاليد المريضة وإن ذهب من أجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب ووجب الباقي فإن كانت إحدى ثنيتيه العلياوين أو السفلاوين أقصر من الأخرى فقلع القصيرة نقص من ديتها بقدر ما نقص منها لأنهما لا يختلفان في العادة فإذا اختلفا كانت القصيرة ناقصة فلم تكمل ديتها وإن قلع سنا مضطربة نظرت فإن كانت منافعها باقية مع حركتها من المضغ وحفظ الطعام والريق وجبت فيها الدية لبقاء المنفعة والجمال وإن ذهبت منافعها وجبت فيها الحكومة لأنه لم يبق غير الجمال فلم يجب غير الحكومة كاليد الشلاء وإن نقصت منافعها فذهب بعضها وبقي البعض ففيه قولان أحدهما يجب فيها الدية لأن الجمال تام والمنفعة باقية وإن كانت ضعيفة فكملت ديتها كما لو كانت ضعيفة من أصل الخلقة والثاني يجب فيها الحكومة لأن المنفعة قد نقصت ويجهل قدر الناقص فوجب فيها الحكومة وإن ضرب سنه فاصفرت أو احمرت وجبت فيها الحكومة لأن منافعها باقية وإنما نقص بعض جمالها فوجب فيها الحكومة فإن ضربها فاسودت فقد قال في موضع تجب فيها الحكومة وقال في موضع تجب الدية وليست على قولين وإنما هي على اختلاف حالين فالذي قال تجب فيها الدية إذا ذهبت المنفعة والذي قال تجب فيها الحكومة إذا لم تذهب المنفعة وذكر المزني أنها على قولين واختار أنه يجب فيها الحكومة والصحيح هو الطريق الأول :

(فصل) وإذا قلع أسنان رجل كلها نظرت فإن قلع واحدة بعد واحدة وجب لكل سن خمس من الابل فيجب في أسنانه وهي اثنان وثلاثون سنا مائة وستون بعيرا وإن قلعها في دفعة واحدة ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجب عليه أكثر من دية لأنه جنس ذو عدد فلم يضمن بأكثر من دية كأصابع اليدين والثاني أنه يجب في كل سن خمس من الابل وهو المذهب لحديث عمرو بن حزم ولأن ما ضمن ديته بالجناية إذا انفرد لم تنقص ديته بانضمام غيره إليه كالموضحة :

(فصل) إذا قلع سن صغير لم يثغر لم يلزمه شيء في الحال لأن العادة في سنه أن يعود وينبت فلم يلزمه شيء في الحال كما لو نتف شعره فإن نبت له مثلها في مكانها لم يلزمه ديتها وهل تلزمه حكومة فيه وجهان أحدهما لا تلزمه كما لو نتف شعره فنبت مثله والثاني تلزمه حكومة الجرح الذي حصل بالقلع وإن لم تنبت له ووقع الاياس من نباتها وجبت ديتها لأنا تحققنا إتلاف السن وإن مات قبل الاياس من نباتها ففيه قولان أحدهما يجب عليه دية السن لأنه قلع سنا لم تعد والثاني لا يجب لأن الظاهر أنها تعود وإنما مات بموته وإن نبتت له سن خارجة عن صف الأسنان فإن كانت بحيث ينتفع بها وجبت ديتها وإن كانت بحيث لا ينتفع بها وجبت الحكومة للشين الحاصل بخروجها عن سمت الأسنان فإن نبتت أقصر من نظيرتها وجب عليه من ديتها بقدر ما نقص لأنه نقص بجنايته فصار كما لو كسر بعض سن وإن نبت أطول منها فقد قال بعض أصحابنا لا يلزمه شيء وإن حصل بها شين لأن الزيادة لا تكون من الجناية قال الشيخ الإمام ويحتمل عندي أنه تلزمه الحكومة للشين الحاصل بطولها كما تلزمه في الشين الحاصل بقصرها لأن الظاهر أن الجميع حصل بسبب قلع السن وإن نبتت له سن صفراء أو سن خضراء وجبت عليه الحكومة لنقصان الكمال فإن قلع سن من أثغر وجبت ديتها في الحال لأن الظاهر أنه لا ينبت له مثلها فإن أخذ الدية ثم نبت له مثلها في مكانها ففيه قولان أحدهما يجب رد الدية لأنه عاد له مثلها فلم يستحق بدلها كالذي لم يثغر والثاني أنه لا يجب رد الدية لأن العادة جرت في سن من ثغر أنه لا يعود فإذا عادت كان ذلك هبة مجددة فلا يسقط به ضمان ما أتلف عليه .

(فصل) ويجب في اللحيين الدية لأن فيهما جمالا وكمالا ومنفعة كاملة فوجبت فيهما الدية كالشفتين وإن قلع أحدهما وتماسك الآخر وجب عليه نصف الدية لأنهما عضوان تجب الدية فيهما فوجب نصف الدية أحدهما كالشفتين واليدين وإن قلع اللحيين مع الأسنان وجب عليه دية اللحيين ودية الأسنان ولا تدخل دية أحدهما في الآخر لأنهما جنسان مختلفان

(قوله سنا مضطربة) هي التي تتحرك مع بقائها في منبتها (قوله حصل بها شين) الشين ضد الزين يقال شانه يشينه : والمشاين المعايب والمقابح . والبطش الأخذ بقوة يقال بطش يبطش ويبطش :

فيجب فى كل واحد منهما دية مقدرة فلم تدخل دية إحداهما فى دية الأخرى كالشفتين مع الأسنان وتخالف الكف مع الأصابع فإن الكف تابع للأصابع فى المنفعة واللحيان أصلان فى الجمال والمنفعة فهما كالشفتين مع الأسنان :

(فصل) ويجب فى اليدين الدية لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى اليدين الدية ويجب فى إحداهما نصف الدية لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم حين أمره على نجران فى اليد خمسون من الابل واليد التى تجب فيها الدية هى الكف فإن قطع الكف وجبت الدية وإن قطع من نصف الذراع أو من المرفق أو من العضد أو من المنكب وجبت الدية فى الكف ووجب فيما زاد الحكومة وقال أبو عبيد بن حرب الذى تجب فيه الدية هو اليد من المنكب لأن اليد اسم للجميع والمذهب الأول لأن اسم اليد يطلق على الكف والدليل عليه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما والمراد به الكف ولأن المنفعة المقصودة من اليد هى البطش والأخذ والدفع وهو بالكف وما زاد تابع للكف فوجبت الدية فى الكف والحكومة فيما زاد ويجب فى كل أصبع عشر الدية لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن فى كل أصبع من الأصابع من اليد والرجل عشر من الابل ولا يفضل إصبع على إصبع لما ذكرناه من الخبر ولما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مسندا «الأصابع كلها سواء عشر عشر» من الابل ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية فلم تختلف ديتها باختلاف منافعها كاليدين ويجب فى كل أنملة من غير الابهام ثلث دية الأصبع وفى كل أنملة من الابهام نصف دية الأصبع لأنه لما قسمت دية اليد على عدد الأصابع وجب أن يقسم دية الأصبع على عدد الأنامل .

(فصل) وإن جنى على يد فشلت أو على أصبع فشلت أو على أنملة فشلت وجب عليه ما يجب فى قطعها لأن المقصود بها هو المنفعة فوجب فى إتلاف منفعتها ما وجب فى إتلافها وإن قطع يدا شلاء أو إصبعا شلاء أو أنملة شلاء وجب عليه الحكومة لأن إتلاف جمال من غير منفعة :

(فصل) ويجب فى الرجلين الدية لما روى معاذ رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى الرجلين الدية ويجب فى إحداهما نصف الدية لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى الرجل نصف الدية والرجل التى يجب فى قطعها نصف الدية فإن قطع من الساق أو من الركبة أو من بعض الفخذ أو من أصل الفخذ وجبت الدية فى القدم ووجبت الحكومة فيما زاد لما ذكرناه فى اليد ويجب فى كل إصبع من أصابع الرجل عشر الدية لما ذكرناه فى اليد من حديث عمرو بن حزم ويجب فى كل أنملة من غير الابهام ثلث دية الأصبع وفى كل أنملة من الابهام نصف دية الاصبع لما ذكرناه فى اليد :

(فصل) ويجب فى قدم الأعرج ويد الأعسم إذا كانتا سليمتين الدية لأن العرج إنما يكون من قصر إحدى الساقين وذلك ليس بنقص فى القدم والعسم لقصر العضد أو الذراع أو اعوجاج الرسغ وذلك ليس بنقص فى الكف فلم يمنع كمال الدية فى القدم والكف كذكر الخصى وأذن الأصم وأنف الأخشم :

(فصل) إذا كسر الساعد فجبره مجبر أو خلع كفه فاعوجت ثم جبرها فجبرت وعادت مستقيمة وجبت الحكومة لأنه حصل به نقص وإن لم تعد إلى ما كانت كانت الحكومة أكثر لأن النقص أكثر فإن قال الجانى أنا أعيد خلعها وأعيدها مستقيمة منع من ذلك لأنه استئناف جناية أخرى فإن كابره وخلعه فعاد مستقيما وجب عليه بهذا الخلع حكومة ولا يسقط ما وجب من الحكومة الأولى لأنها حكومة استقرت بالجناية وما حصل من الاستقامة حصل بمعنى آخر فلم يسقط ما وجب ويخالف إذا جنى على العين فذهب الضوء ثم عاد لأنا نتيقن أن الضوء لم يذهب :

(فصل) وإن كان لرجل كفان من ذراع فإن لم يبطش بواحد منهما لم يجب فيهما قود ولا دية لأن منافعهما قد بطلت فصارا كاليد الشلاء ويجب فيهما حكومة لأن فيهما جمالا وإن كان أحدهما يبطش دون الآخر فالذى يبطش به هو الأصلى فيجب فيه

(قوله الأعسم) العسم بالفتح فى الكف والقدم أن ييبس مفصل الرسغ حتى يعوج الكف والقدم ، يقال رجل أعسم بين العسم هكذا ذكره الجوهرى وقال فى ديوان الأدب هو يبس فى الرجل . والرسغ هو ما يلى الكوع إلى ظهر الكف وقد ذكر (قوله خلع كفه) أى فكها من معصمها حتى استرخت فلا يطيق رفعها . وقد شلت يده تشل بفتح الشين فيهما إذا يبست وقيل إذا استرخت ولا تشلل بفتح التاء واللام إذا دعى لك بالسلامة من الشلل قال الشاعر :

فلا تشلل يد فتكت بعمرو فإنك لن تذل ولن تضاما

القود أو الدية والآخر خلقة زائدة ويجب فيها الحكومة وإن كان أحدهما أكثر بطشا كان الأصلي هو أكثرهما بطشا سواء كان الباطش على مستوى الذراع أو منحرفا عنه لأن الله تعالى جعل البطش في الأصلي فوجب أن يرجع في الاستدلال عليه إليه كما يرجع في الخنثى إلى بوله وإن استويا في البطش فإن كان أحدهما على مستوى الذراع والآخر منحرفا عن مستوى الذراع فالأصلي هو الذي على مستوى الذراع فيجب فيه القود أو الدية ويجب في الآخر الحكومة فإن استويا في ذلك فان كان أحدهما تام الأصابع والآخر ناقص الأصابع فالأصلي هو التام الأصابع فيجب فيه القود أو الدية والآخر خلقة زائدة ويجب فيها الحكومة وإن استويا في تمام الأصابع إلا أن في أحدهما زيادة أصبع لم ترجح الزيادة ولأنه قد يكون الأصبع الزائدة في غير اليد الأصلية فإذا استويا في الدلائل فهما يد واحدة فإن قطعهما قاطع وجب عليه القود أو الدية ووجب عليه للزيادة حكومة فإن قطع إحداهما لم يجب القود لعدم المماثلة وعليه نصف دية يد وزيادة حكومة لأنها نصف يد زائدة وإن قطع أصبعا من إحداهما فعليه نصف دية أصبع وزيادة حكومة لأنها نصف أصبع زائدة وإن قطع أنملة أصبع من إحداهما وجب عليه نصف دية أنملة وزيادة حكومة لأنها نصف أنملة زائدة .

(فصل) ويجب في الأليتين الدية لأن فيهما جمالا كاملا ومنفعة كاملة فوجب فيهما الدية كاليدين ويجب في إحداهما نصف الدية لأن ما وجبت الدية في اثنين منه وجب نصفها في أحدهما كاليدين وإن قطع بعضها وجب فيه من الدية بقدره وإن جهل قدره وجبت فيه الحكومة .

(فصل) وإن كسر صلبه انتظر فإن جبر وعاد إلى حالته لزمته حكومة الكسر وإن احدودب لزمه حكومة للشين الذي حصل به وإن ضعف مشيه أو احتاج إلى عصا لزمته حكومة لنقصان مشيه وإن عجز عن المشي وجبت عليه الدية لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال مضت السنة أن في الصلب الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الأنثيين الدية ولأنه أبطل عليه منفعة مقصودة فوجبت عليه الدية وإن كسر صلبه وعجز عن الوطء وجبت عليه الدية لأنه أبطل عليه منفعة مقصودة وإن ذهب مشيه وجماعه ففيه وجهان أحدهما لا تلزمه إلا دية واحدة لأنهما منفعتا عضو واحد والثاني يلزمه ديتان وهو ظاهر النص لأنه يجب في كل واحد منهما الدية عند الانفراد فوجبت فيهما ديتان عند الاجتماع كما لو قطع أذنيه فذهب سمعه أو قطع أنفه فذهب شمه .

(فصل) ويجب في الذكر الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب مع عمرو بن حزم إلى اليمن وفي الذكر الدية ويجب ذلك في ذكر الشيخ والطفل والخصي والعنين لأن العضو في نفسه سليم ولا تجب في ذكر أشل لأنه بطلت منفعته فلم تكمل ديته ويجب فيه الحكومة لأنه أتلف عليه جماله وإن جنى على ذكره فشل وجبت ديته لأن المقصود بالعضو هو المنفعة فوجب في إتلاف منفعته ما وجب في إتلافه وإن قطع الحشفة وجبت الدية لأن منفعة الذكر تكمل بالحشفة كما تكمل منفعة الكف بالأصابع فكملت الدية بقطعها وإن قطع الحشفة وجاء آخر فقطع الباقي وجبت فيه حكومة كما لو قطع الأصابع وجاء آخر وقطع الكف وإن قطع بعض الحشفة وجب عليه من الدية بقسطها وهل تتقسط على الحشفة وحدها أو على جميع الذكر فيه قولان أحدهما تقسط على الحشفة لأن الدية تكمل بقطعها فقسطت عليها كدية الأصابع والثاني يقسط على الجميع لأن الذكر هو الجميع فقسطت الدية على الجميع .

(فصل) ويجب في الأنثيين الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن مع عمرو بن حزم وفي الأنثيين الدية ويجب في أحدهما نصف الدية لأن ما وجب في اثنين منه الدية وجبت في أحدهما نصفها كاليد .

(فصل) وما اشترك فيه الرجل والمرأة من الجروح والأعضاء ففيه قولان قال في القديم تساوي المرأة الرجل إلى ثلث الدية فإذا زادت على ذلك كانت المرأة على النصف من الرجل لما روى نافع عن ابن عمر أنه قال تستوي دية الرجل والمرأة إلى ثلث الدية ويختلفان فيما سوى ذلك وقال في الجديد هي على النصف من الرجل في جميع الأروش وهو الصحيح لأنهما شخصان مختلفان في دية النفس فاختلفا في أروش الجنايات كالمسلم والكافر ولأنه جناية يجب فيها أرش مقدر فكانت المرأة على النصف من الرجل في أرشها كقطع اليد والرجل وقول ابن عمر يعارضه قول علي كرم الله وجهه في جراحات الرجال والنساء سواء على النصف فيما قل أو كثر .

(فصل) ويجب في ثديي المرأة الدية لأن فيهما جمالا ومنفعة فوجب فيهما الدية كاليدين والرجلين ويجب في إحداهما نصف الدية لما ذكرناه في الأنثيين وإن جنى عليهما فشلتا وجبت عليه الدية لأن المقصود بالعضو هو المنفعة فكان إتلاف منفعته كإتلافه وإن كانتا ناهدين فاسترسلتا وجبت الحكومة لأنه نقص جمالهما وإن كان لها لبن فجنى عليهما فانقطع لبنها وجبت عليه الحكومة لأنه قطع اللبن بجنايته وإن جنى عليهما قبل أن ينزل لها لبن فولدت ولم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة فإن قالوا لا ينقطع إلا بالجناية وجبت الحكومة وإن قالوا قد ينقطع من غير جناية لم تجب الحكومة لجواز أن يكون انقطاعه لغير الجناية فلا تجب الحكومة بالشك وتجب الدية في حلمتيهما وهو رأس الثدي لأن منفعة الثديين بالحلمتين لأن الصبي بها يمص اللبن وبذهابهما تتعطل منفعة الثديين فوجب فيهما ما يجب في الثديين كما يجب في الأصابع ما يجب في الكف ، وأما حلمتا الرجل فقد قال في موضع يجب فيه حكومة وقال في موضع قد قيل إن فيهما الدية فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما تجب فيهما الدية لأن ما وجبت فيه الدية من المرأة وجبت فيه الدية من الرجل كاليدين والثاني وهو الصحيح أنه يجب فيهما الحكومة لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة ومنهم من قال يجب فيه الحكومة قولا واحدا وقوله قد قيل إن فيهما الدية حكاية عن غيره :

(فصل) ويجب في إسكتي المرأة وهما الشفران المحيطان بالفرج الدية لأن فيهما جمالا ومنفعة في المباشرة ويجب في أحدهما نصف الدية لأن كل ما وجب في اثنين منه الدية وجب في أحدهما نصفها كاليدين :

(فصل) قال الشافعي رحمه الله إذا وطئ امرأة فأفضاها وجبت عليه الدية واختلف أصحابنا في الإفضاء فقال بعضهم هو أن يزيل الحاجز الذي بين الفرج وثقبة البول وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفرايني رحمة الله عليه وقال بعضهم هو أن يزيل الحاجز الذي بين الفرج والدبر وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وشيخنا القاضي أبي الطيب الطبري لأن الدية لا تجب إلا بإتلاف منفعة كاملة ولا يحصل ذلك إلا بإزالة الحاجز بين السبيلين فأما إزالة الحاجز بين الفرج وثقبة البول فلا تتلف بها المنفعة وإنما تنقص بها المنفعة فلا يجوز أن يجب بها دية كاملة وإن أفضاها واسترسل البول وجب مع دية الإفضاء حكومة للنقص الحاصل باسترسال البول وإن أفضاها والتأم الجرح وجبت الحكومة دون الدية وإن أجاف جائفة والتأمت لم يسقط أرشها والفرق بينهما أن أرش الجائفة وجب باسمها فلم يسقط بالالتئام ودية الإفضاء وجبت بإزالة الحاجز وقد عاد الحاجز فلم تجب الدية :

(فصل) ولا يجب في إتلاف الشعور غير الحكومة لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه غير الحكومة كإتلاف العين القائمة واليد الشلاء :

(فصل) ويجب في تعويج الرقبة وتصعير الوجه الحكومة لأنه إذهاب جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة فإن كسر الترقوة أو كسر ضلعا فقد قال في موضع آخر يجب فيه جمل وقال في موضع تجب فيه الحكومة واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة تجب فيه الحكومة قولا واحدا والذي قال فيه جمل أراد على سبيل الحكومة لأن تقدير الأرش لا يجوز إلا بنص أو قياس على أصل وليس في هذا نص ولا له أصل يقاس عليه وقال المزني وغيره هو على قولين وهو الصحيح أحدهما أنه يجب فيه جمل لما روى أسلم مولى عمر عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الترقوة بجمل وفي الضلع بجمل وقول الصحابي

(قوله وإن كانتا ناهدين) أي مرتفعين . والنهود الارتفاع نهد ثدي الجارية إذا ارتفع والحلمتان بفتح اللام الواحدة حلمة بالفتح أيضا رأس الثدي كما ذكر (قوله إسكتي المرأة) بكسر الهمزة وإسكان السين هما جانبا الفرج . والمأسوكة التي أخطأت خافضتها فأصابت غير موضع الخفض . والاسكتان ناحيتا الفرج . والشفران طرفا الناحيتين والذي يلي الشفرين الأشعران ذكره الأزهري (قوله الإفضاء) مأخوذ من الفضاء وهو المكان الواسع ، ويكون الجماع كقوله تعالى «وقد أفضى بعضكم إلى بعض» ويكون اللمس كقوله عليه الصلاة والسلام إذا أفضى أحدكم بيده إلى ذكره فليتوضأ (قوله تصعير الوجه) الصعر الميل في الخد خاصة وقد صعر خده أي أماله من الكبر قال الله تعالى «ولا تصعر خدك للناس» والترقوتان العظمان الناتئان أعلى الصدر والجمع تراقي قال الله تعالى «كلا إذا بلغت التراقي» والضلع مثال العنب وتسكين اللام جائز وهي واحدة الأضلاع

فى قوله القديم حجة تقدم على القياس والقول الثانى وهو الصحيح أنه يجب فيه حكومة لأنه كسر عظم فى غير الرأس والوجه فلم يجب فيه أرش مقدر ككسر عظم الساق وماروى عن عمر يحتمل أنه قضى به على سبيل الحكومة ولأن قول الصحابى ليس بحجة فى قوله الجديد :

(فصل) وإن لطم رجلا أو لكمه أو ضربه بمثقل فإن لم يحصل به أثر لم يلزمه أرش لأنه لم يحصل به نقص فى جمال ولا منفعة فلم يلزمه أرش وإن حصل به شين بأن اسود أو اخضر وجبت فيه الحكومة لما حصل به من الشين فإن قضى فيه بالحكومة ثم زال الشين سقطت الحكومة كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض وإن فزع إنسان فأحدث فى الثياب لم يلزمه ضمان مال لأن المال إنما يجب فى الجناية إذا أحدثت نقصا فى جمال أو منفعة ولم يوجد شىء من ذلك :

(فصل) إذا جنى على حر جناية ليس فيها أرش مقدر نظرت فإن كان حصل بها نقص فى منفعة أو جمال وجبت فيها حكومة وهو أن يقوم المجنى عليه قبل الجناية ثم يقوم بعد اندمال الجناية فإن نقص العشر من قيمته وجب العشر من ديته وإن نقص الخمس من قيمته وجب الخمس من ديته لأنه ليس فى أرشه نص فوجب التقدير بالاجتهاد ولا طريق إلى معرفة قدر النقصان من جهة الاجتهاد إلا بالتقويم وهذا كما قلنا فى المحرم إذا قتل صيدا وليس فى جزائه نص أنه يرجع إلى ذوى عدل فى معرفة مثله إن كان له مثل من النعم أو إلى قيمته إذا لم يكن له مثل ويجب القدر الذى نقص من قيمته من الدية لأن النفس مضمونة بالدية فوجب القدر الناقص منها كما يقوم المبيع عند الرجوع بأرش العيب ثم يؤخذ القدر الناقص من الثمن حيث كان المبيع مضمونا بالثمن وقال أصحابنا يعتبر نقص الجناية من دية العضو المجنى عليه لا من دية النفس فإن كان الذى نقص هو العشر والجناية على اليد وجب عشر دية وإن كانت على أصبع وجب عشر دية الأصبع وإن كانت على الرأس فيما دون الموضحة وجب عشر أرش الموضحة وإن كانت على الجسد فيما دون الجائفة وجب عشر أرش الجائفة لأنا لو اعتبرناه من دية النفس لم نأمن أن تزيد الحكومة فى عضو على دية العضو والمذهب الأول وعليه التفريع لأنه لما وجب تقويم النفس وجب أن يعتبر النقص من دية النفس ولأن اعتبار النقص من دية العضو يؤدى إلى أن يتقارب الجنايتان ويتباعد الأرشان بأن تكون الحكومة فى السمحاق فتوجب فيه عشر أرش الموضحة فيتباعد ما بينها وبين أرش الموضحة مع قربها منها فإن كانت الجناية على أصبع فبلغت الحكومة فيها أرش الأصبع أو على الرأس فبلغت الحكومة فيها أرش الموضحة نقص الحاكم من أرش الأصبع ومن أرش الموضحة شيئا على قدر ما يؤدى إليه الاجتهاد لأنه لا يجوز أن يكون ما دون الأصبع الموضحة ما يجب فيهما وإن كانت الجناية فى الكف فبلغت الحكومة أرش الأصابع نقص شيئا من أرش الأصابع لأن الكف تابع للأصابع فى الجمال والمنفعة فلا يجوز أن يجب فيه ما يجب فى الأصابع

(فصل) وإن لم يحصل بالجناية نقص فى جمال ولا منفعة بأن قطع أصبعا زائدة أو قلع سنا زائدة أو أتلف لحية امرأة واندمل الموضع من غير نقص ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس بن سريج أنه لا شىء عليه لأنه جناية لم يحصل بها نقص فلم يجب بها أرش كما لو لطم وجهه فلم يؤثر والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه يجب فيه الحكومة لأنه إتلاف جزء من مضمون فلا يجوز أن يعرى من أرش فعلى هذا إن كان قد قطع أصبعا زائدة قوم المجنى عليه قبل الجناية ثم يقوم فى أقرب أحواله إلى الاندمال ثم يجب ما بينهما من الدية لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد الاندمال قوم فى أقرب الأحوال إليه وهذا كما قلنا فى ولد المغرور بها لما تعذر تقويمه حال العلوق قوم فى أقرب حال يمكن فيه التقويم بعد العلوق وهو عند الوضع فإن قوم ولم ينقص قوم قبيل الجناية ثم يقوم والدم جار لأنه لا بد أن تنقص قيمته المخاف عليه فيجب بقدر ما بينهما من الدية وإن قلع سنا زائدة ولم تنقص قيمته قوم وليس له خلف الزائدة سن أصلية ثم يقوم وليس له سن أصلية ولا زائدة ويجب بقدر ما بينهما من الدية وإن أتلف لحية امرأة قوم لو كان رجلا وله لحية ثم يقوم ولا لحية له ويجب بقدر ما بينهما من الدية ،

(فصل) وإن جنى على رجل جناية لها أرش مقدر ثم قتله قبل الاندمال دخل أرش الجناية فى دية النفس وقال أبو سعيد الاصطخرى لا يدخل لأن الجناية انقطعت سرايتها بالقتل فلم يسقط ضمانها كما لو اندملت ثم قتله والمذهب الأول لأنه مات بفعله قبل استقرار الأرش فدخل فى ديته كما لو مات من سراية الجناية ويخالف إذا اندملت فإن هناك استقر الأرش فلم تسقط .

(فصل) ويجب فى قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت لأنه مال مضمون بالاتلاف لحق الآدمى بغير جنسه فضمنه بقيمته بالغة ما بلغت كسائر الأموال وما ضمن مما دون النفس من الجزء بالدية كالأنف واللسان والذكر والأنثيين والعينين واليدين والرجلين ضمن من العبد بقيمته وما ضمن من الحر بجزء من الدية كاليد والأصبع والانملة والموضحة والجائفة ضمن من العبد بمثله من القيمة لأنهما متساويان فى ضمان الجناية بالقصاص والكفارة فتساويا فى اعتبار ما دون النفس ببدل النفس كالرجل والمرأة والمسلم والكافر •

(فصل) وإن قطع يد عبد ثم أعتق ثم مات من سراية القطع وجبت عليه دية حر لأن الجناية استقرت فى حال الحرية ويجب للسيد من ذلك أقل الأمرين من أرش الجناية وهو نصف القيمة أو كمال الدية فإن كان نصف القيمة أقل لم يستحق أكثر منه لأنه هو الذى وجب فى ملكه والزيادة حصلت فى حال لاحق له فيها وإن كانت الدية أقل لم يستحق أكثر منها لأن ما نقص من نصف القيمة بسبب من جهته وهو العتق •

(فصل) وإن فقأ عينى عبد أو قطع يديه وقيمته ألفا دينار ثم أعتق ومات بعد اندمال الجناية وجب على الجانى أرش الجناية وهو قيمة العبد سواء كان الاندمال قبل العتق أو بعده لأن الجرح إذا اندمل استقر حكمه ويكون ذلك لمولاه لأنه أرش جناية كانت فى ملكه وإن لم يندمل وسرى إلى نفسه وجب على الجانى دية حر وقال المزنى يجب الأرش وهو ألفا دينار لأن السيد ملك هذا القدر بالجناية فلا ينتقص وهذا خطأ لأن الاعتبار فى الأرش بحال الاستقرار ولهذا لو قطع يدى رجل ورجليه وجب عليه ديتان فإذا سرت الجناية إلى النفس وجب دية اعتبارا بحال الاستقرار وفى حال الاستقرار هو حر فوجبت فيه الدية ودليل قول المزنى يبطل بمن قطع يدى رجل ورجليه ثم مات فإنه وجبت ديتان ثم نقصت بالموت •

(فصل) وإن قطع حر يد عبد فأعتق ثم قطع حر آخر يده الأخرى ومات لم يجب على الأول قصاص لعدم التكافؤ فى حال الجناية وعليه نصف الدية لأن المجنى عليه حر فى وقت استقرار الجناية وأما الثانى ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى الطيب بن سلمة أنه يجب عليه القصاص فى الطرف ولا يجب فى النفس لأن الروح خرجت من سراية قطعين وأحدهما يوجب القود والآخر لا يوجب فسقط كحر بن قتلا من نصفه حر ونصفه عبد والثانى وهو المذهب أنه يجب عليه القصاص فى الطرف والنفس لأنهما متكافئان فى حال الجناية وقد خرجت الروح عن عمد محض مضمون وإنما سقط القود عن أحدهما لمعنى فى نفسه فلم يسقط عن الآخر كما لو اشترك حر وعبد فى قتل عبد ويخالف الحرين إذا قتلا من نصفه حر ونصفه عبد لأن كل واحد منهما غير مكافئ له حال الجناية فإن عفى على مال كان عليه نصف الدية لأنهما شريكان فى القتل وللمولى الأقل من نصف قيمته يوم الجناية الأولى أو نصف الدية فإن كان نصف القيمة أقل أو مثله كان له ذلك وإن كان أكثر فله نصف الدية لأن الحرية نقصت ما زاد عليه والفرق بينه وبين المسئلة قبلها أن الجناية هناك من واحد وجميع الدية عليه فقوبل بين أرش الجناية وبين الدية والجناية ههنا من اثنين والدية عليهما والثانى جنى عليه فى حال الحرية فقوبل بين أرش الجناية وبين النصف المأخوذ من الجانى على ملكه وكان الفاضل لورثته •

(فصل) وإن قطع حر يد عبد ثم أعتق ثم قطع يده الأخرى نظرت فإن اندمل الجرحان لم يجب فى اليد الأولى قصاص لأنه جنى عليه وهو غير مكافئ له ويجب فيها نصف ديته ويكون للمولى ويجب فى اليد الأخرى القصاص لأنه قطعها وهو مكافئ له وإن عفى على المال وجب عليه نصف الدية وإن مات من الجراحتين قبل الاندمال وجب القصاص فى اليد الأخرى التى قطعت بعد عتقه ولم يجب القصاص فى النفس لأنه مات من جنايتين إحداهما توجب القصاص والأخرى لا توجب فإن اقتص منه فى اليد وجب عليه نصف الدية لأنه مات بجنايته وقد استوفى منه ما يقابل نصف الدية ويكون للمولى أقل الأمرين من نصف القيمة وقت الجناية أو نصف الدية وإن عفى عن القصاص على مال وجب كمال الدية ويكون للمولى أقل الأمرين من نصف القيمة وقت الجناية أو نصف الدية ولورثته الباقى لأن الجناية الثانية فى حال الحرية •

(فصل) وإن قطع حر يد عبد فأعتق ثم قطع آخر يده الأخرى ثم قطع ثالث رجله ومات لم يجب على الأول القصاص فى النفس ولا فى الطرف لعدم التكافؤ ويجب عليه ثلث الدية ويجب على الآخرين القصاص فى الطرف وفى النفس على المذهب

فإن عفى عنهما كان عليهما ثلثا الدية وفيما يستحق المولى قولان أحدهما أقل الأمرين من أرش الجناية أو ما يجب على هذا الجانى فى ملكه وهو ثلث الدية لأن الواجب بالجناية هو الأرش فإذا أعتق انقلب وصار ثلث الدية فيجب أن يكون له أقل الأمرين فإن كان الأرش أقل لم يكن له أكثر منه لأنه هو الذى وجب بالجناية فى ملكه وما زاد بالسراية فى حال الحرية لاحق له فيه وإن كان ثلث الدية أقل لم يكن له أكثر منه لأنه هو الذى يجب على الجانى فى ملكه ونقص الأرش بسبب من جهته وهو العتق فلم يستحق أكثر منه والقول الثانى يجب له أقل الأمرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة لأن الجانى على ملكه هو الأول والآخر لاحق له فى جنايتهما فيجب أن يكون له أقل الأمرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة فان كان ثلث القيمة أقل لم يكن له أكثر منه لأنه لما كان عبدا كان له هذا القدر وما زاد وجب فى حال الحرية فلم يكن له فيها حق وإن كان ثلث الدية أقل لم يكن له أكثر منه لأن ثلث القيمة نقص وعاد إلى ثلث الدية بفعله فلم يستحق أكثر منه :

(فصل) إذا ضرب بطن مملوكة حامل بمملوك فألقت جنينا ميتا وجب فيه عشر قيمة الأم لأنه جنين آدمية سقط ميتا بجنايته فضمن بعشر بدل الأم كجنين الحرة واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يعتبر فيه قيمة الأم فقال المزنى وأبو سعيد الاصطخرى تعتبر قيمتها يوم الاسقاط لأنه حال استقرار الجناية والاعتبار فى قدر الضمان بحال استقرار الجناية والدليل عليه أنه لو قطع يد نصرانى ثم أسلم ومات وجب فيه دية مسلم وقال أبو إسحاق تعتبر قيمتها يوم الجناية وهو المنصوص لأن المجنى عليه لم يتغير حاله فكان أولى الأحوال باعتبار قيمتها يوم الجناية لأنه حال الوجوب ولهذا لو قطع يد عبد ومات على الرق وجبت قيمته يوم الجناية لأنه حال الوجوب وإن ضرب بطن أمة ثم أعتقت وألقت جنينا ميتا وجب فيه دية جنين حر لأن الضمان يعتبر بحال استقرار الجناية والجنين حر عند استقرار الجناية فضمن بالدية :

(باب العاقلة وما تحمله من الديات)

إذا قتل الحر حرا عمد خطأ وله عاقلة وجب جميع الدية على عاقلته لما روى المغيرة بن شعبة قال ضربت امرأة ضرتها بعمود فسطاط فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بديتها على عصبة القاتلة وإن قتله خطأ أوجبت الدية على عاقلته لأنه إذا تحمل عن القاتل فى عمد الخطأ تخفيفا عنه مع قصده إلى الجناية فلأن يحمل عن قاتل الخطأ ولم يقصد الجناية أولى ولأن الخطأ وعمد الخطأ يكثر فلو أوجبنا ديتهما فى مال الجانى أجحفنا به وإن قطع أطرافه خطأ أو عمد خطأ ففيه قولان قال فى القديم لا تحمل العاقلة ديتهما لأنه لا يضمن بالكفارة ولا تثبت فيه القسامة فلم تحمل العاقلة بدله كالمال وقال فى الجديد تحمل العاقلة ديتها لأن ما ضمن بالقصاص والدية وخففت الدية فيه بالخطأ حملت العاقلة بدله كالنفس فعلى هذا تحمل ما قل منه وكثر كما تحمل ما قل وكثر من دية النفس وإن قتل عمدا أو جنى على طرفه عمدا لم تحمل العاقلة ديته لأن الخبر ورد فى الحمل عن القاتل فى عمد الخطأ تخفيفا عنه لأنه لم يقصد القتل والعامد قصد القتل فلم يلحق به فى التخفيف وإن وجب له القصاص فى الطرف فاقتص بحديدة مسمومة فمات فعليه نصف الدية وهل تحمل العاقلة ذلك أم لا فيه وجهان أحدهما تحمله لأنا حكمنا بأنه ليس بعمد محض والثانى لا تحمله لأنه قصد القتل بغير حق فلم تحمل العاقلة عنه وإن وكل من يقتص له فى النفس ثم عفا وقتل الوكيل ولم يعلم بالعفو وقلنا إن العفو يصح ووجبت الدية على الوكيل فهل تحملها العاقلة فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحاق إنه لا تحملها العاقلة وهو الصحيح لأنه تعمد القتل فلم تحمل العاقلة عنه كما لو قتله بعد العلم بالعفو والثانى وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه تحملها العاقلة لأنه لم يقصد الجناية :

(فصل) وإن قتل عبدا خطأ أو عمد خطأ ففى قيمته قولان أحدهما أنها تحملها العاقلة لأنه يجب القصاص والكفارة بقتله

(ومن باب العاقلة وما تحمله من الديات)

والعاقلة مأخوذة من العقل وهو الدية . وسميت الدية عقلا لأن الإبل كانت تعقل بفناء ولى المقتول . يقال عقلت القتيل إذا أديت ديته ومنه سمى العقل عقلا لأنه يمنع من الخطأ كما يمنع العقال الدابة من الذهاب . وأجحف به أذهب جميع ماله وقد ذكر (قوله بعمود فسطاط) العمود الخشبة التى ينصب بها بيت الشعر يجعل فى وسطه حتى يرتفع : والفسطاط بيت الشعر وفيه ثلاث لغات فسطاط وفستاط وفساط

فحملت العاقلة بدله كالحر والثانى أنه لاتحملها العاقلة لأنه مال فلم تحمل العاقلة بدله كسائر الأموال :

(فصل) ومن قتل نفسه خطأ لم تجب الدية بقتله ولا تحمل العاقلة ديته لما روى أن عوف بن مالك الأشجعي ضرب مشركا بالسيف فرجع السيف عليه فقتله فامتنع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه وقالوا قد أبطل جهاده فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل مات مجاهدا ولو وجبت الدية على عاقلته لبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك :

(فصل) ومايجب بخطأ الإمام من الدية بالقتل ففيه قولان أحدهما يجب على عاقلته لما روى أن عمر رضى الله عنه قال لعلى رضى الله عنه فى جنين المرأة التى بعث إليها عزمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك والثانى يجب فى بيت المال لأن الخطأ يكثر منه فى أحكامه واجتهاده فلو أوجبنا مايجب بخطئه على عاقلته أجحفنا بهم فإذا قلنا إنه يجب على عاقلته وجبت الكفارة فى ماله كغير الإمام وإذا قلنا إنها تجب فى بيت المال ففى الكفارة وجهان أحدهما أنها تجب فى ماله لأنها لاتتحمل والثانى أنها تجب فى بيت المال لأنه يكثر خطؤه فلو أوجبنا فى ماله أجحف به :

(فصل) ومايجب بجناية العمد يجب حالا لأنه بدل متلف لاتتحمله العاقلة بحال فوجب حالا كغرامة المتلفات وما يجب بجناية الخطأ وشبه العمد من الدية يجب مؤجلا فإن كانت دية كاملة وجبت فى ثلاث سنين لأنه روى ذلك عن عمر وابن عباس رضى الله عنهما ويجب فى كل سنة ثلثها فان كان دية نفس كان ابتداء الأجل من وقت القتل لأنه حق مؤجل فاعتبر الأجل من حين وجود السبب كالدين المؤجل وإن كان دية طرف فان لم تسر اعتبرت المدة من وقت الجناية لأنه وقت الوجوب وإن سرت إلى عضو آخر اعتبرت المدة من وقت الاندمال لأن الجناية لم تقف فاعتبرت المدة من وقت الاستقرار وإن كان الواجب أقل من دية نظرت فان كان ثلث الدية أو دونه لم تجب إلا فى سنة لأنه لا يجب على العاقلة شىء فى أقل من سنة فان كان أكثر من الثلث ولم يزد على الثلثين وجب فى السنة الأولى الثلث ووجب الباقى فى السنة الثانية وإن كان أكثر من الثلثين ولم يزد على دية وجب فى السنة الأولى الثلث وفى الثانية الثلث وفى الثالثة الباقى وإن وجب بجنايته ديتان فإن كانتا لاثنين بأن قتل اثنين وجب فى كل سنة لكل واحد منهما ثلث الدية لأنهما يجبان لمستحقين فلا ينتقص حق كل واحد منهما فى كل سنة من الثلث فان كانتا لواحد بأن قطع اليدين والرجلين من رجل وجب الكل فى ست سنين فى كل سنة ثلث دية لأنها جناية على واحد فلا يجب له على العاقلة فى كل سنة أكثر من ثلث دية وإن وجب بجناية الخطأ أو عمد الخطأ دية ناقصة كدية الجنين والمرأة ودية أهل الذمة ففيه وجهان أحدهما أنه يجب فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها لأنها دية نفس فوجب فى كل سنة ثلثها كالدية الكاملة والثانى أنه كأرش الطرف إذا نقص عن الدية لأنه دون الدية الكاملة فعلى هذا إن كان ثلث دية وهو كدية اليهودى والنصرانى أو أقل من الثلث وهو دية المجوسى ودية الجنين وجب الكل فى سنة واحدة وإن كان أكثر من الثلث وهو دية المرأة وجب فى السنة الأولى ثلث دية كاملة ويجب مازاد فى السنة الثانية كما قلنا فى الطرف وإن كان قيمة عبد وقلنا إنها على العاقلة ففيه وجهان أحدهما أنها تقسم فى ثلاث سنين وإن زاد حصة كل سنة على ثلث الدية لأنها دية نفس والثانى تؤدى فى كل سنة ثلث دية الحر :

(فصل) والعاقلة هم العصبات الذين يرثون بالنسب أو الولاء غير الأب والجد والابن وابن الابن والدليل عليه ماروى المغيرة بن شعبة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى المرأة بديتها على عصبة العاقلة وأما الأب والجد والابن وابن الابن فلا يعقلون لما روى جابر رضى الله عنه أن امرأتين من هذيل قتلت إحداهما الأخرى ولكل واحدة منهما زوج وولد فجعل النبى صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها وإذا ثبت هذا فى الولد ثبت فى الأب لتساويهما فى العصبة ولأن الدية جعلت على العاقلة إبقاء على القاتل حتى لا يكثر عليه فيجحف به فلو جعلناه على الأب والابن أجحفنا به لأن مالهما كماله ولهذا لاتقبل شهادته لهما كما لاتقبل لنفسه ويستغنى عن المسئلة بمالهما كما يستغنى بمال نفسه وإن كان فى بنى عمها ابن لها لم يحمل معهم لما ذكرناه وإن لم يكن له عصبة نظرت فان كان مسلما حملت عنه من بيت المال لأن مال بيت المال للمسلمين وهم يرثونه كما ترث العصبات وإن كان ذميا لم يحمل عنه فى بيت المال لأن مال بيت المال للمسلمين وهم لا يرثونه وإنما ينقل ماله إلى بيت المال فيئا واختلف قوله فى المولى من أسفل فقال فى أحد القولين لا يعقل عنه وهو الصحيح لأنه لا يرثه فلم يعقله وقال فى الآخر يعقله لأنه يعقله المولى فعقل عنه المولى كالأخوين فعلى هذا يتقدم على بيت المال لأنه من خواص العاقلة فقدم على بيت المال كالمولى من أعلى وإن لم

لم يكن له عاقلة ولا بيت مال فهل يجب على القاتل فيه وجهان بناء على أن الدية هل تجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة أو تجب على العاقلة ابتداء وفيه قولان أحدهما تجب على القاتل ثم تنتقل إلى العاقلة لأنه هو الجانى فوجبت الدية عليه فعلى هذا تجب الدية فى ماله والقول الثانى تجب على العاقلة ابتداء لأنه لا يطالب غيرهم فعلى هذا لا تجب عليه وقال أبو على الطبرى إذا قلنا إنها تجب على القاتل عند عدم بيت المال حمل الأب والابن ويبدأ بهما قبل القاتل لأنا لم نحمل عليهما إبقاء على القاتل وإذا حمل على القاتل كانا بالحمل أولى قال الشيخ الإمام حرس الله مدته ويحتمل عندى أنه لا يجب عليهما لأنا إنما أوجبنا على القاتل على هذا القول لأنه وجب عليه فى الأصل فإذا لم يجد من يتحمل بقى الوجوب فى محله والأب والابن لم يجب عليهما فى الأصل ولا تحملا مع العاقلة فلم يجب الحمل عليهما .

(فصل) ولا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم ولا ذمى عن حربى ولا حربى عن ذمى لأنه لا يرث بعضهم من بعض فان رمى نصرانى سهما إلى صيد ثم أسلم ثم أصاب السهم إنسانا وقتله وجبت الدية فى ماله لأنه لا يمكن إيجابها على عاقلته من النصارى لأنه وجد القتل وهو مسلم ولا يمكن إيجابها على عاقلته من المسلمين لأنه رمى وهو نصرانى فان قطع نصرانى يد رجل ثم أسلم ومات المقطوع عقلت عنه عصباته من النصارى دون المسلمين لأن الجناية وجدت منه وهو نصرانى ولهذا يجب بها القصاص ولا تسقط عنه بالإسلام وإن رمى مسلم سهما إلى صيد ثم ارتد ثم أصاب السهم إنسانا فقتله وجبت الدية فى ذمته لأنه لا يمكن إيجابها على عاقلته من المسلمين لأنه وجد القتل وهو مرتد ولا يمكن إيجابها على الكفار لأنه ليس له منهم عاقلة يرثونه فوجبت فى ذمته وإن جرح مسلم إنسانا ثم ارتد الجارح وبقى فى الردة زمانا يسرى فى مثله الجرح ثم أسلم ومات المجروح وجبت الدية وعلى من تجب فيه قولان أحدهما تجب على عاقلته لأن الجناية فى حال الإسلام وخروج الروح فى حال الاسلام والعاقلة تحمل ما يجب بالجنايتين فى حال الاسلام فوجبت ديته عليها والقول الثانى أنه يجب على العاقلة نصف الدية ويجب فى مال الجانى النصف لأنه وجد سراية فى حال الاسلام وسراية فى حال الردة فحملت ماسرى فى حال الاسلام ولم تحمل ماسرى فى الردة .

(فصل) ولا يعقل صبى ولا معتوه ولا امرأة لأن حمل الدية على سبيل النصرة بدلا عما كان فى الجاهلية من النصرة بالسيف ولا نصرة فى الصبى والمعتوه والمرأة ويعقل المريض والشيخ الكبير إذا لم يبلغ المريض حد الزمانة والشيخ حد الهرم لأنهما من أهل النصرة بالتدبير وقد قاتل عمار فى محفة وأما إذا بلغ الشيخ حد الهرم والمريض حد الزمانة ففيه وجهان بناء على القولين فى قتلهما فى الأسر فان قلنا إنهما يقتلان فى الأسر عقلا وإن قلنا لا يقتلان فى الأسر لم يعقلا .

(فصل) ولا يعقل فقير لأن حمل الدية على العاقلة مواساة والفقير ليس من أهل المواساة ولهذا لا تجب عليه الزكاة ولا نفقة الأقارب ولأن العاقلة تتحمل لدفع الضرر عن القاتل والضرر لا يزال بالضرر ويجب على المتوسط ربع دينار لأن المواساة لا تحصل بأقل قليل ولا يمكن إيجاب الكثير لأن فيه إضرارا بالعاقلة فقدر أقل ما يؤخذ بربع دينار لأنه ليس فى حد التافه والدليل عليه أنه تقطع فيه يد السارق وقد قالت عائشة رضى الله عنها يد السارق لم تكن تقطع فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشىء التافه ويجب على الغنى نصف دينار لأنه لا يجوز أن يكون ما يؤخذ من الغنى والمتوسط واحدا فقدر بنصف دينار لأنه أقل قدر يؤخذ من الغنى فى الزكاة التى قصد بها المواساة فيقدر ما يؤخذ من الغنى فى الدية بذلك لأنه فى معناه ويجب هذا القدر فى كل سنة لأنه حق يتعلق بالحال على سبيل المواساة فتكرر بتكرر الحول كالزكاة ومن أصحابنا من قال يجب ذلك القدر فى الثلاث سنين لأنا لو أوجبنا هذا القدر فى كل سنة أجحف به ويعتبر حاله فى الفقر والغنى والتوسط عند حلول النجم لأنه حق مال يتعلق بالحلول على سبيل المواساة فاعتبر فيه حاله عند حلول الحول كالزكاة فان مات قبل حلول الحول لم تجب كما لا تجب الزكاة إذا مات قبل الحول وإن مات بعد الحول لم يسقط ماوجب كما لا يسقط ماوجب من الزكاة قبل الموت .

(فصل) وإذا أراد الحاكم قسمة الدية على العاقلة قدم الأقرب فالأقرب من العصبات على ترتيبهم فى الميراث لأنه حق يتعلق بالتعصيب فقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث وإن كان فيهم من يدلى بالأبوين وفيهم من يدلى بالأب ففيه قولان أحدهما أنهما

(قوله قاتل عمار فى محفة) المحفة مركب من مراكب النساء كالهودج إلا أنها لا تقبب كما يقبب الهودج ومعنى يقبب يجعل عليه قبة . والشىء التافه اليسير الحقير وقد تفه يتفه .

سواء لتساويهما فى قرابة الأب لأن الأم لامدخل لها فى النصرة وحمل الدية فلا يقدم بها والثانى يقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب كالميراث فإن أمكن أن يقسم ما يجب على الأقربين منهم لم يحمل على من بعدهم وإن لم يمكن أن يقسم على الأقربين لقلة عددهم قسم ما فضل على من بعدهم على الترتيب فان كان القاتل من بنى هاشم قسم عليهم فان عجزوا دخل معهم بنو عبد مناف فان عجزوا دخل معهم بنو قصى ثم كذلك حتى تستوعب قريش ولا يدخل معهم غير قريش لأن غيرهم لا ينسب إليهم وإن غاب الأقربون فى النسب وحضر الأبعدون ففيه قولان أحدهما يقدم الأقربون فى النسب لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الأقربون فى النسب كالميراث والثانى يقدم الأقربون فى الحضور على الأقربين فى النسب لأن تحمل العاقلة على سبيل النصرة والحاضرون أحق بالنصرة من الغيب فعلى هذا إن كان القاتل بمكة وبعض العاقلة بالمدينة وبعضهم بالشام قدم من بالمدينة على من بالشام لأنهم أقرب إلى القاتل وإن استوت جماعة فى النسب وبعضهم حضور وبعضهم غيب ففيه قولان أحدهما يقدم الحضور لأنهم أقرب إلى النصرة والثانى يسوى بين الجميع كما يسوى فى الميراث وإن كثرت العاقلة وقل المال المستحق بالجناية بحيث إذا قسم عليهم خص المتوسط دون ربع دينار والغنى دون نصف دينار ففيه قولان أحدهما أن الحاكم يقسمه على من يرى منهم لأن فى تقسيط القليل على الجميع مشقة والثانى هو الصحيح أنه يقسم على الجميع لأنه حق يستحق بالتعصيب فقسم قليله وكثيره بين الجميع كالميراث .

(فصل) وإن جنى عبد على حر أو عبد جناية توجب المال تعلق المال برقبته لأنه لا يجوز إيجابه على المولى لأنه لم يوجد منه جناية ولا يجوز تأخيره إلى أن يعتق لأنه يؤدى إلى إهدار الدماء فتعلق برقبته والمولى بالخيار بين أن يبيعه ويقضى حق الجناية من ثمنه وبين أن يفديه ولا يجب عليه تسليم العبد إلى المجنى عليه لأنه ليس من جنس حقه وإن اختار بيعه فباعه فان كان الثمن بقدر مال الجناية صرفه فيه وإن كان أكثر قضى ما عليه والباقى للمولى وإن كان أقل لم يلزم المولى ما بقى لأن حق المجنى عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة فان اختار أن يفديه ففيه قولان أحدهما يلزمه أن يفديه بأقل الأمرين من أرش الجناية أو قيمة العبد لأنه لا يلزمه مازاد على واحد منهما والقول الثانى يلزمه أرش الجناية بالغا ما بلغ أو يسلمه للبيع لأنه قد يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته فإذا امتنع من البيع لزمه الأرش بالغا ما بلغ وإن قتل عشرة أعبد لرجل عبد الآخر عمدا فاقتص مولى المقتول من خمسة وعفا عن خمسة على المال تعلق برقبتهم نصف القيمة فى رقبة كل واحد منهم عشرها لأنه قتل خمسة بنصف عبده وعفا عن خمسة على المال وبقى له النصف .

(باب اختلاف الجانى وولى الدم)

إذا قتل رجلا ثم ادعى أن المقتول كان عبدا وقال الولى بل كان حرا فالمنصوص أن القول قول الولى مع يمينه وقال فيمن قذف امرأة ثم ادعى أنها أمة أن القول قول القاذف فمن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة من المسئلتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما أن القول قول الجانى والقاذف لأن ما يدعيان محتمل لأن الدار تجمع الأحرار والعبيد والأصل فيه حمى للظهر وحقن الدم والثانى أن القول قول ولى المجنى عليه والمقذوف لأن الظاهر من الدار الحرية ولهذا لو وجد فى الدار لقيط حكم بحريته ومن أصحابنا من قال القول فى الجناية قول الولى والقول فى القذف قول القاذف والفرق بينهما أنا إذا جعلنا القول قول القاذف أسقطنا حد القذف وأوجبنا التعزير فيحصل به الردع وإذا جعلنا القول قول الجانى سقط القصاص ولم يبق ما يقع به الردع .

(فصل) إذا وجب له القصاص فى موضحة فاقتص فى أكثر من حقه أو وجب له القصاص فى أصبع فاقتص فى أصبعين وادعى أنه أخطأ فى ذلك وادعى المستقاد منه أنه تعمد فالقول قول المقتص مع يمينه لأنه أعرف بفعله وقصده وما يدعيه يجوز الخطأ فى مثله فقبل قوله فيه وإن قال المقتص منه أن هذه الزيادة حصلت باضطرابه وأنكره المستقاد منه ففيه وجهان أحدهما أن القول قول المقتص لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل والأصل براءة الذمة والثانى أن القول قول المستقاد منه لأن الأصل عدم الاضطراب .

(فصل) إذا اشترك ثلاثة فى جرح رجل ومات المجروح ثم ادعى أحدهم أن جراحته اندملت وأنكر الآخران

وصدق الولى المدعى نظرت فإن أراد القصاص قبل تصديقه ولم يجب على المدعى إلا [illegible] الجراحة لأنه لاضرر على الآخرين لأن القصاص يجب عليهما فى الحالين وإن أراد أن يأخذ الدية لم يقبل تصديقه لأنه يدخل الضرر على الآخرين لأنه إذا حصل القتل من الثلاثة وجب على كل واحد منهم ثلث الدية وإذا حصل من جراحهما وجب على كل واحد منهما نصف الدية والأصل براءة ذمتهما مما زاد على الثلث :

(فصل) إذا قد رجلا ملفوفا فى كساء ثم ادعى أنه قده وهو ميت وقال الولى بل كان حيا ففيه قولان أحدهما أن القول قول الجانى لأن مايدعيه محتمل والأصل براءة ذمته والثانى أن القول قول الولى لأن الأصل حياته وكونه مضمونا فصار كما لو قتل مسلما وادعى أنه كان مرتدا :

(فصل) وإن جنى على عضو ثم اختلفا فى سلامته فادعى الجانى أنه جنى عليه وهو أشل وادعى المجنى عليه أنه جنى عليه وهو سليم فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان أحدهما أن القول قول الجانى لأن مايدعيه كل واحد منهما محتمل والأصل براءة ذمته والثانى أن القول قول المجنى عليه لأن الأصل سلامة العضو ومنهم من قال القول فى الأعضاء الظاهرة قول الجانى وفى الأعضاء الباطنة القول قول المجنى عليه لأنه لايتعذر عليه إقامة البينة على السلامة فى الأعضاء الظاهرة فكان القول قول الجانى ويتعذر عليه إقامة البينة فى الأعضاء الباطنة والأصل السلامة فكان القول قول المجنى عليه ولهذا لو علق طلاق امرأته على ولادتها فقالت ولدت لم يقبل قولها لأنه يمكن إقامة البينة على الولادة ولو علق طلاقها على حيضها فقالت حضت قبل قولها لأنه يتعذر إقامة البينة على حيضها فإن اتفقا على سلامة العضو الظاهر وادعى الجانى أنه طرأ عليه الشلل وأنكر المجنى عليه ففيه قولان أحدهما أن القول قول الجانى لأنه لايتعذر إقامة البينة على سلامته والثانى أن القول قول المجنى عليه لأنه قد ثبتت سلامته فلا يزال عنه حتى يثبت الشلل :

(فصل) إذا أوضح رأس رجل موضحتين بينهما حاجز ثم زال الحاجز فقال الجانى تأكل مابينهما بسراية فعلى فلا يلزمنى إلا أرش موضحة وقال المجنى عليه أنا خرقت مابينهما فعليك أرش موضحتين فالقول قول المجنى عليه لأن مايدعيه كل واحد منهما محتمل والأصل بقاء الموضحتين ووجوب الأرشين وإن أوضح رأسه فقال الجانى أوضحته موضحة واحدة وقال المجنى عليه أوضحتنى موضحتين وأنا خرقت مابينهما فالقول قول الجانى لأن مايدعيه كل واحد منهما محتمل والأصل براءة الذمة :

(فصل) وإن قطع رجل يدى رجل ورجليه ومات واختلف الجانى والولى فقال الجانى مات من سراية الجنايتين فعلى دية واحدة وقال الولى بل اندملت الجنايتان ثم مات فعليك ديتان فإن كان قد مضى زمان يمكن فيه اندمال الجراحتين فالقول قول الولى لأن الأصل وجوب الديتين وإن لم يمض زمان يمكن فيه الاندمال فالقول قول الجانى لأن مايدعيه الولى غير محتمل وإن اختلفا فى المدة فقال الولى مضت مدة يمكن فيها الاندمال وقال الجانى لم يمض فالقول قول الجانى لأن الأصل عدم المدة :

(فصل) وإن قطع يد رجل ومات فقال الولى مات من سراية قطعك فعليك الدية وقال الجانى اندملت جنايتى ومات بسبب آخر فعلى نصف الدية نظرت فإن لم تمض مدة يمكن فيها الاندمال فالقول قول الولى لأن الظاهر أنه مات من سراية الجناية ويحلف على ذلك لجواز أن يكون قتله آخر أو شرب سما فمات منه وإن مضت مدة يمكن فيها الاندمال ثم مات إن كان مع الولى بينة أنه لم يزل متألما ضمنا إلى أن مات فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر أنه مات من الجناية وإن لم يكن معه بينة على ذلك فالقول قول الجانى لأن مايدعيه كل واحد منهما ممكن والأصل براءة ذمة الجانى مما زاد على نصف الدية .

(فصل) وإن قطع يد رجل ومات ثم اختلف الولى والجانى فقال الجانى شرب سما أو جنى عليه آخر بعد جنايتى فلا يجب على إلا نصف الدية وقال الولى مات من سراية جنايتك فعليك الدية فليس فيها نص ويحتمل أن يكون القول قول الولى لأن الأصل حصول جنايته وعدم غيرها ويحتمل أن يكون القول قول الجانى لأنه يحتمل مايدعيه والأصل براءة ذمته :

(فصل) وإن جنى عليه جناية ذهب بها ضوء العين وقال أهل الخبرة يرجى عود البصر فمات واختلف الولى والجانى فقال الجانى

عاد الضوء ثم مات وقال الولي لم يعد فالقول قول الولي مع يمينه لأن الأصل ذهاب الضوء وعدم العود وإن جنى على عينه فذهب الضوء ثم جاء آخر فقلع العين واختلف الجانيان فقال الأول عاد الضوء ثم قلعت أنت فعليك الدية وقال الثاني قلعت ولم يعد الضوء فعلي حكومة وعليك الدية فالقول قول الثاني لأن الأصل عدم العود فإن صدق المجني عليه الأول قبل قوله في إبراء الأول لأنه يسقط عنه حقا له ولا يقبل قوله على الثاني لأنه يوجب عليه حقا له والأصل عدمه :

(فصل) إذا جني على رجل جناية فادعى المجني عليه أنه ذهب سمعه وأنكر الجاني امتحن في أوقات غفلاته بالصياح مرة بعد مرة فإن ظهر منه أمارات السماع فالقول قول الجاني لأن الظاهر يشهد له ولا يقبل قوله من غير يمين لأنه يحتمل أن يكون ما ظهر من أمارة السماع اتفاقا وإن لم يظهر منه أمارة السماع فالقول قول المجني عليه لأن الظاهر معه ولا يقبل قوله في ذلك من غير يمين لجواز أن يكون ما ظهر من عدم السماع لجودة تحفظه وإن ادعى نقصان السمع فالقول قوله مع يمينه لأنه يتعذر إقامة البينة عليه ولا يعرف ذلك إلا من جهته وما يدعيه محتمل فقبل قوله مع يمينه كما يقبل قول المرأة في الحيض وإن ادعى ذهاب السمع من إحدى الأذنين سد التي لم يذهب السمع منها ثم يمتحن بالصياح في أوقات غفلاته فإن ظهر منه أمارة السماع فالقول قول الجاني مع يمينه وإن لم يظهر منه أمارة السماع فالقول قول المجني عليه مع يمينه لما ذكرناه :

(فصل) وإن ادعى المجني عليه ذهاب شمه وأنكر الجاني امتحن في أوقات غفلاته بالروائح الطيبة والروائح المنتنة فإن كان لا يرتاح إلى الروائح الطيبة ولا تظهر منه كراهية الروائح المنتنة فالقول قوله لأن الظاهر معه ويحلف عليه لجواز أن يكون قد تصنع لذلك وإن ارتاح إلى الروائح الطيبة وظهرت منه الكراهية للروائح المنتنة فالقول قول الجاني لأن الظاهر يشهد له ويحلف على ذلك لجواز أن يكون ما ظهر من المجني عليه من الارتياح والتكره اتفاقا وإن حلف المجني عليه على ذهاب شمه ثم غطى أنفه عند رائحة منتنة فادعى الجاني أنه غطاه ببقاء شمه وادعى المجني عليه أنه غطاه لحاجة أو لعادة فالقول قول المجني عليه لأنه يحتمل ما يدعيه :

(فصل) وإن كسر صلب رجل فادعى المجني عليه أنه ذهب جماعه فالقول قوله مع يمينه لأن ما يدعيه محتمل ولا يعرف ذلك إلا من جهته فقبل قوله مع يمينه كالمرأة في دعوى الحيض :

(فصل) وإن اصطدمت سفينتان فغرقتا وادعى صاحب السفينة على القيم أنه فرط في ضبطها وأنكر القيم ذلك فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم التفريط وبراءة الذمة :

(فصل) إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ثم اختلفا فقال الضارب ما أسقطت من ضربي وقالت المرأة أسقطت من ضربك نظرت فإن كان الأسقاط عقيب الضرب فالقول قولها لأن الظاهر معها وإن كان الاسقاط بعد مدة نظرت فإن بقيت المرأة متألمة إلى أن أسقطت فالقول قولها لأن الظاهر معها وإن لم تكن متألمة فالقول قوله لأنه يحتمل ما يدعيه كل واحد منهما والأصل براءة الذمة وإن اختلفا في التألم فالقول قول الجاني لأن الأصل عدم التألم وإن ضربها فأسقطت جنينا حيا ومات واختلفا فقالت المرأة مات من ضربك وقال الضارب مات بسبب آخر فإن مات عقيب الاسقاط فالقول قولها لأن الظاهر معها وأنه مات من الجناية وإن مات بعد مدة ولم تقم البينة أنه بقي متألما إلى أن مات فالقول قول الضارب مع يمينه لأنه يحتمل ما يدعيه والأصل براءة الذمة وإن أقامت بينة أنه بقي متألما إلى أن مات فالقول قولها مع اليمين لأن الظاهر أنه مات من جنايته :

(فصل) وإن اختلفا فقالت المرأة استهل ثم مات وأنكر الضارب فالقول قوله لأن الأصل عدم الاستهلال وإن ألقت جنينا حيا ومات ثم اختلفا فقال الضارب كان أنثى وقالت المرأة كان ذكرا فالقول قول الضارب لأن الأصل براءة الذمة مما زاد على دية الأنثى :

(فصل) وإن ادعى رجل على رجل قتلا تجب فيه الدية على العاقلة وصدقه المدعى عليه وأنكرت العاقلة وجبت الدية على الجاني بإقراره ولا تجب على العاقلة من غير بينة لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال لا تحمل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا

(قوله امتحن في أوقات غفلاته) أي اختبروا لامتحان الاختبار (قوله تصنع لذلك) التصنع تكلف حسن السمت وتصنعت المرأة إذا صنعت نفسها :

ولا اعترافا ولأنا لو قبلنا إقراره على العاقلة لم يؤمن إن لم يواطئ في كل وقت من يقر له بقتل الخطأ فيؤدي إلى الإضرار بالعاقلة وإن ضرب بطن امرأة فألقت جنينا فقال الجاني كان ميتا وقالت المرأة كان حيا فالقول قول الجاني لأنه يحتمل ما يدعيه كل واحد منهما والأصل براءة الذمة وإن صدق الجاني المرأة وأنكرت العاقلة وجب على العاقلة قدر الغرة لأنها لم تعترف بأكثر منها ووجبت الزيادة في ذمة الجاني لأن قوله مقبول على نفسه دون العاقلة :

(فصل) إذا سلم من عليه الدية الإبل في قتل العمد ثم اختلفا فقال الولي لم يكن فيها خلفات وقال من عليه الدية كانت فيها خلفات فإن لم يرجع في حال الدفع إلى أهل الخبرة فالقول قول الولي لأن الأصل عدم الحمل فإن رجع في الدفع إلى قول أهل الخبرة ففيه وجهان أحدهما أن القول قول الولي لما ذكرناه والثاني أن القول قول من عليه الدية لأن حكمنا بأنها خلفات بقول أهل الخبرة فلم يقبل فيه قول الولي :

(باب كفارة القتل)

من قتل من يحرم عليه قتله من مسلم أو كافر له أمان خطأ وهو من أهل الضمان وجبت عليه الكفارة لقوله تعالى «ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله» وقوله تبارك وتعالى «فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة» فان قتله عمدا أو شبه عمد وجبت عليه الكفارة لأنها إذا وجبت في قتل الخطأ مع عدم المأثم فلأن تجب في العمد وشبه العمد وقد تغلظ بالاثم أولى وإن توصل إلى قتله بسبب يضمن فيه النفس كحفر البئر وشهادة الزور والإكراه وجبت عليه الكفارة لأن السبب كالمباشرة في إيجاب الضمان فكان كالمباشرة في إيجاب الكفارة فان ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا وجبت عليه الكفارة لأنه آدمي محقون الدم لحرمته فضمن بالكفارة كغيره وإن قتل نفسه أو قتل عبده وجبت عليه الكفارة لأن الكفارة تجب لحق الله تعالى وقتل نفسه وقتل عبده كغيرهما في التحريم لحق الله تعالى فكان كقتل غيرهما في إيجاب الكفارة فان اشترك جماعة في قتل واحد وجب على كل واحد منهم كفارة ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يجب على الجميع كفارة واحدة لأنها كفارة تجب بالقتل فإذا اشترك الجماعة فيه وجبت عليهم كفارة واحدة كالكفارة في قتل الصيد والمشهور هو الأول لأنها كفارة لا تجب على سبيل البدل فإذا اشترك الجماعة في سببها وجب على كل واحد منهم كفارة ككفارة الطيب واللباس :

(فصل) والكفارة عتق رقبة مؤمنة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين لقوله تعالى «ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله» إلى قوله تعالى «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع» ففيه قولان أحدهما يلزمه إطعام ستين مسكينا كل مسكين مدا من الطعام لأنه كفارة يجب فيها العتق أو صيام شهرين فوجب فيها إطعام ستين مسكينا قياسا على كفارة الظهار والجماع في رمضان والثاني لا يلزمه الإطعام لأن الله تعالى ذكر العتق والصيام ولم يذكر الاطعام ولو وجب ذلك لذكره كما ذكره في كفارة الظهار وصفة الرقبة والصيام والطعام إذا أوجبناه على ما ذكرنا في الظهار فأغنى عن الإعادة .

﴿كتاب قتال أهل البغي﴾

لا يجوز الخروج عن الإمام لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من نزع يده من طاعة إمامه فإنه يأتي يوم القيامة ولا حجة له ومن مات وهو مفارق للجماعة فإنه يموت ميتة جاهلية وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حمل علينا السلاح فليس منا

(ومن كتاب قتال أهل البغي)

البغي التعدي : وكل مجاوزة وإفراط عن المقدار الذي هو حد الشيء فهو بغي : والبغي الظلم : والبغي أيضا الفجور : والباغية التي تعدل عن الحق وما عليه أئمة المسلمين . يقال بغى الجرح إذا ترامى إلى الفساد (قوله من حمل علينا السلاح فليس منا) دليل على تكفير الخوارج ومن يقتل المسلمين بغير حق : ويحتمل أن يكون معناه فليس من أخلاقنا ولا ممن يتدين بديننا كما قالوا في الحديث الآخر من غشنا فليس منا

(فصل) إذا خرجت على الإمام طائفة من المسلمين ورامت خلعه بتأويل أو منعت حقا توجه إليها بتأويل وخرجت عن قبضة الإمام وامتنعت بمنعة قاتلها الإمام لقوله عزوجل «وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله» ولأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قاتل مانعي الزكاة وقاتل علي كرم الله وجهه أهل البصرة يوم الجمل وقاتل معاوية بصفين وقاتل الخوارج بالنهروان ولا يبدأ بالقتال حتى يسألهم ما ينقمون منه فإن ذكروا مظلمة أزالها وإن ذكروا علة يمكن إزاحتها أزاحها وإن ذكروا شبهة كشفها لقوله تعالى «فأصلحوا بينهما» وفيما ذكرناه إصلاح وروى عبد الله بن شداد بن الهاد أن علياً كرم الله وجهه لما كاتب معاوية وحكم وعتب عليه ثمانية آلاف ونزلوا بأرض يقال لها حروراء فقالوا انسلخت من قميص ألبسك الله وحكمت في دين الله ولا حكم إلا لله فقال على بيني وبينكم كتاب الله يقول الله تعالى في رجل وامرأة «وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما» وأمة محمد صلى الله عليه وسلم أعظم دما وحرمة من امرأة ورجل ونقموا أني كاتبت معاوية من علي بن أبي طالب وجاء سهيل بن عمرو ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية حين صالح قومه قريشا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكتب من محمد رسول الله فقالوا لو نعلم أنك رسول الله لم نخالفك فقال أكتب فكتب هذا ما قاضى عليه محمد قريشا يقول الله عز وجل «لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجوا الله واليوم الآخر» وبعث إليهم عبد الله بن عباس فواضعوا عبد الله كتاب الله تعالى ثلاثة أيام ورجع منهم أربعة آلاف فإن أبوا وعظهم وخوفهم القتال فإن أبوا قاتلهم فإن طلبوا الأنظار نظرت فإن كان يومين أو ثلاثة أنظرهم لأن ذلك مدة قريبة ولعلهم يرجعون إلى الطاعة فإن طلبوا أكثر من ذلك بحث عنه الإمام فإن كان قصدهم الاجتماع على الطاعة أمهلهم وإن كان قصدهم الاجتماع على القتال لم ينظرهم لما في الأنظار من الاضرار وإن أعطوا على الأنظار رهائن لم يقبل منهم لأنه لا يؤمن أن يكون هذا مكرا وطريقة إلى قهر أهل العدل وإن بذلوا عليه مالا لم يقبل لما ذكرناه ولأن فيه أجراء صغارا على طائفة من المسلمين فلم يجز كأخذ الجزية منهم .

(فصل) ولا يتبع في القتال مدبرهم ولا يذفف على جريحهم لما روى عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا ابن أم عبد ما حكم من بغى من أمتي فقلت الله ورسوله أعلم فقال لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم فيؤهم وعن علي كرم الله وجهه أنه قال لا تجيزوا على جريح ولا تتبعوا مدبرا وعن أبي أمامة قال شهدت صفين فكانوا لا يجيزون على جريح ولا يطلبون موليا ولا يسلبون قتيلا ولأن قتالهم للدفع والرد إلى الطاعة دون القتل فلا يجوز فيه القصد إلى القتل من غير حاجة وإن حضر معهم من لا يقاتل ففيه وجهان أحدهما لا يقصد بالقتل لأن القصد من قتالهم كفهم وهذا قد كف نفسه فلم يقصد والثاني يقتل لأن علياً كرم الله وجهه نهاهم عن قتل محمد بن طلحة السجاد وقال إياكم وقتل صاحب البرنس فقتله رجل وأنشأ يقول :

(قوله بتأويل) التأويل تفسير ما يئول إليه الشيء وقد أولته تأويلا (قوله وامتنعت بمنعة) السماع بسكون النون والقياس فتحها جمع مانع مثل كافر وكفرة (قوله حتى تفيء إلى أمر الله) أي حتى ترجع يقال فاء في ء فيئا إذا رجع (قوله الخوارج) سموا خوارج لأنهم خرجوا عن الطاعة . الواحد خارجي (قوله ينقمون) يعتبون أو يكرهون وينكرون ويسخطون ومنه قوله تعالى «وما نقموا منهم إلا أن يؤمنوا بالله » وانسلخت من قميص أي خرجت منه كما تنسلخ الحية من جلدها (قوله أسوة حسنة) الأسوة القدوة التي يجب اتباعها ويؤتم بها ويهتدى إليها الضال يقال أسوة وإسوة بالضم والكسر. (قوله فواضعوا عبد الله كتاب الله) المواضعة المراهنة يقال واضعني على كذا أي ضع رهنا وأضع رهنا على أن من غلب وفلج أخذ الرهن (قوله إجراء صغار) أي ذل وهوان (قوله ولا يذفف على جريحهم) الذف الاجهاز على الجريح وهو قتله وكذا الذفاف قال أبو عبيد يروى بالدال والذال معا يقال ذفف على الجريح تذفيفا وكذا قوله لا يجاز على جريحهم بمعناه أي لا يقتل وقال بعضهم هو الاسراع يقال أجهزت على الجريح إذا أسرعت قتله من قولهم فرس جهيز أي سريع الشد ؛ قال هذا القائل ويقال أيضا ذففت على القتيل إذا أسرعت قتله ومنه قولهم خفيف ذفيف ؛ وقال الأزهري لا يجهز لا يتمم ، ويقال ذففت على الجريح إذا عجلت قتله (قوله محمد بن طلحة السجاد) سمي بذلك لأنه كان له ألف نخلة يسجد كل يوم تحت كل نخلة سجدة (قوله صاحب البرنس) قال

وأشعث قوام آيات ربه قليل الأذى فيما ترى العين مسلم
هتكت له بالرمح جيب قميصه فخر صريعا لليدين وللفم
على غير شيء غير أن ليس تابعا عليا ومن لايتبع الحق يظلم
يناشدنى حم والرمح شاجر فهلا تلا حم قبل التقدم

ولم ينكر على كرم الله وجهه قتله ولأنه صار ردءالهم ولا تقتل النساء والصبيان كما لايقتلون فى حرب الكفار فإن قاتلوا جاز قتلهم كما يجوز قتلهم إذا قصدوا قتله فى غير القتال ويكره أن يقصد قتل ذى رحم محرم كما يكره فى قتال الكفار فإن قاتله لم يكره كما لايكره إذا قصد قتله فى غير القتال :

(فصل) ولايقتل أسيرهم لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عبد الله بن مسعود ولايقتل أسيرهم فإن قتله ضمنه بالدية لأنه بالأسر صار محقون الدم فصار كما لو رجع إلى الطاعة وهل يضمنه بالقصاص فيه وجهان أحدهما يضمنه لما ذكرناه والثانى لايضمنه لأن أباحنيفة رحمه الله يجيز قتله فصار ذلك شبهة فى إسقاط القود فإن كان الأسير حرا بالغا فدخل فى الطاعة أطلقه وإن لم يدخل فى الطاعة حبسه إلى أن تنقضى الحرب ليكف شره ثم يطلقه ويشرط عليه أن لايعود إلى القتال وإن كان عبدا أو صبيا لم يحبسه لأنه ليس من أهل البيعة ومن أصحابنا من قال يحبسه لأن فى حبسه كسرا لقلوبهم :

(فصل) ولا يجوز قتالهم بالنار والرمى عن المنجنيق من غير ضرورة لأنه لايجوز أن يقتل إلا من يقاتل والقتل بالنار أو المنجنيق يعم من يقاتل ومن لايقاتل وإن دعت إليه الضرورة جاز كما يجوز أن يقتل من لايقاتل إذا قصد قتله للدفع ولا يستعين فى قتالهم بالكفار ولا بمن يرى قتلهم مدبرين لأن القصد كفهم وردهم إلى الطاعة دون قتلهم وهؤلاء يقصدون قتلهم فإن دعت الحاجة إلى الاستعانة بهم فإن كان يقدر على منعهم من إتباع المدبرين جاز وإن لم يقدر لم يجز :

(فصل) وإن اقتتل فريقان من أهل البغى فإن قدر الإمام على قهرهما لم يعاون واحدا منهما لأن الفريقين على الخطأ وإن لم يقدر على قهرهما ولم يأمن أن يجتمعا على قتاله ضم إلى نفسه أقربهما إلى الحق فإن استويا فى ذلك اجتهد فى رأيه فى ضم أحدهما إلى نفسه ولايقصد بذلك معاونته وعلى الآخر بل يقصد الاستعانة به على الآخر فإذا انهزم الآخر لم يقاتل الذى ضمه إلى نفسه حتى يدعوه إلى الطاعة لأنه حصل بالاستعانة به فى أمانه :

(فصل) ولايجوز أخذ مالهم لحديث ابن مسعود وحديث أبى أمامة فى صفين ولأن الإسلام عصم دمهم ومالهم وإنما أبيح

الجوهرى البرنس قلنسوة طويلة وكان النساك يلبسونها فى صدر الإسلام. وقد تبرنس الرجل قاله الجوهرى فى صحاحه. وذكر غيره أنه مثل القباء إلا أن فيه شيئا متصلا يكون على الرأس وقال فى ديوان الأدب البرنس كساء (قوله وأشعث قوام) الأشعث مغبر الرأس هتكت خرقت. بصدر الرمح أى أوله وهو السنان وصدر كل شيء أوله كما أن عجزه آخره. جيب قميصه كنى به عن نحره وهو موضع الجيب استعاره وعبر به عنه. فخر صريعا أى سقط صريعا. لليدين وللفم أى على اليدين وعلى الفم كما يقال خر لوجهه أى على وجهه (قوله يناشدنى حم) يقال نشدته الله أنشده نشدنا ونشدته إذا قلت له نشدتك الله أى سألتك بالله كأنك ذكرته إياه فنشد أى تذكر (قوله حم) أراد سورة حم أى طلب إليه بفضلها وحرمتها جعلها اسما لسورة ومنعه الصرف لأنه علم مؤنث ذكره الزمخشرى قال وفى الحديث حم لاينصرون قال وفى هذا نظر لأن حم ليس بمذكور فى أسماء الله المعدودة لأن أسماءه تقدست مافيها شيء إلا وهو صفة مفصحة عن ثناء ومجد وحم ليس إلا اسمى حرفين من حروف المعجم فلا معنى تحته. وأما أهل التفسير فذكروا معانى كثيرة لايحتمل هذا المختصر ذكرها (قوله والرمح شاجر) يقال شجره بالرمح طعنه وتشاجروا بالرماح أى تطاعنوا وقد تقدم ذكر تشاجروا (قوله لات ساعة مندم (١) لا هنا بمعنى ليس والتاء للتأنيث وقد دخلت على ثلاثة أحرف وهى لا ولات وثم وثمت ورب وربت (قوله صار ردءالهم) أى عونا وأردأته أى أعنته ومنه قوله تعالى ردءا يصدقنى فى قراءة من همز وأما من لم يهمز فمعناه الزيادة (قوله المنجنيق) بفتح الميم وكسرها قاله ابن قتيبة فى أدب الكاتب وهو فارسى معرب (قوله عصم دمهم) أى أمسك لاعاصم اليوم من أمر الله لامانع ولاممسك. واعتصموا بحبل الله تمسكوا به :

---

(١) هذه القولة موجودة بالأصل وليست لها مناسبة هنا

قتالهم للدفع والرد إلى الطاعة وبقى حكم المال على ما كان فلم يجز أخذه كمال قطاع الطريق ولا يجوز الانتفاع بسلاحهم وكراعهم من غير إذنهم من غير ضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه ولأن من لا يجوز أخذ ماله لم يجز الانتفاع بماله من غير إذنه ومن غير ضرورة كغيرهم وإن اضطر إليه جاز كما يجوز أكل مال غيره عند الضرورة .

(فصل) وإن أتلف أحد الفريقين على الآخر نفسا أو مالا فى غير القتال وجب عليه الضمان لأن تحريم نفس كل واحد منهما وماله كتحريمهما قبل البغى فكان ضمانهما كضمانهما قبل البغى وإن أتلف أهل العدل على أهل البغى نفسا أو مالا فى حال الحرب بحكم القتال لم يجب عليه الضمان لأنه مأمور بإتلافه فلا يلزمه ضمانه كما لو قتل من يقصد نفسه أو ماله من قطاع الطريق وإذا أتلف أهل البغى على أهل العدل ففيه قولان أحدهما يجب عليه الضمان لأنه أتلف عليه بعدوان فوجب عليه الضمان كما لو أتلف عليه فى غير القتال والثانى لا يجب عليه الضمان وهو الصحيح لما روى عن الزهرى أنه قال كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا على أن لا يقام حد على رجل ارتكب فرجا حراما بتأويل القرآن ولا يقتل رجل سفك دما حراما بتأويل القرآن ولا يغرم مالا أتلفه بتأويل القرآن ولأنها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل فلم تضمن ما تتلف على الأخرى بحكم الحرب كأهل العدل ومن أصحابنا من قال القولان فى غير القصاص فأما القصاص فلا يجب قولا واحدا لأنه يسقط بالشبهة ولهم فى القتل شبهة .

(فصل) وإن استعان أهل البغى بأهل الحرب فى القتال وعقدوا لهم أمانا أو ذمة بشرط المعاونة لم ينعقد لأن من شرط الذمة والأمان أن لا يقتلوا المسلمين فلم ينعقد على شرط القتال فإن عاونوهم جاز لأهل العدل قتلهم مدبرين وجاز أن يذفف على جريحهم وإن أسروا جاز قتلهم واسترقاقهم والمن عليهم والمفاداة لهم لأنه لا عهد لهم ولا ذمة فصاروا كما لو جاءوا منفردين عن أهل البغى ولا يجوز شىء من ذلك لمن عاونهم من أهل البغى لأنهم بذلوا لهم الذمة والأمان فلزمهم الوفاء به وإن استعانوا بأهل الذمة فعاونوهم نظرت فإن قالوا كنا مكرهين أو ظننا أنه يجوز أن نعاونهم عليكم كما يجوز أن نعاونكم عليهم لم تنتقض الذمة لأن ما ادعوه محتمل فلا يجوز نقض العقد مع الشبهة وإن قاتلوا معهم عالمين من غير إكراه فإن كان قد شرط عليهم ترك المعاونة فى عقد الذمة انتقض العهد لأنه زال شرط الذمة وإن لم يشترط ذلك ففيه قولان أحدهما ينتقض كما لو انفردوا بالقتال لأهل العدل والثانى لا ينتقض لأنهم قاتلوا تابعين لأهل البغى فإذا قلنا لا ينتقض عهدهم كانوا فى القتال كأهل البغى لا يتبع مدبرهم ولا يذفف على جريحهم وإن أتلفوا نفسا أو مالا فى الحرب لزمهم الضمان قولا واحدا والفرق بينهم وبين أهل البغى أن فى تضمين أهل البغى تنفيرا عن الرجوع إلى الطاعة فسقط عنهم الضمان فى أحد القولين ولا يخاف تنفير أهل الذمة لأنا قد أمناهم على هذا القول وإن استعانوا بمن له أمان إلى مدة فعاونوهم انتقض أمانهم فإن ادعوا أنهم كانوا مكرهين ولم تكن لهم بينة على الاكراه انتقض الأمان والفرق بينهم وبين أهل الذمة فى أحد القولين أن الأمان المؤقت ينتقض بالخوف من الخيانة فانتقض بالمعاونة وعقد الذمة لا ينتقض بالخوف من الخيانة فلم ينتقض بالمعاونة .

(فصل) وإن ولوا فيما استولوا عليه قاضيا نظرت فإن كان ممن يستبيح دماء أهل العدل وأموالهم لم ينفذ حكمه لأن من شرط القضاء العدالة والاجتهاد وهذا ليس بعدل ولا مجتهد وإن كان ممن لا يستبيح دماءهم ولا أموالهم نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم قاضى أهل العدل ورد من حكمه ما يرد من حكم قاضى أهل العدل لأن لهم تأويلا يسوغ فيه الاجتهاد فلم ينقض من حكمه ما يسوغ فيه الاجتهاد وإن كتب قاضيهم إلى قاضى أهل العدل استحب أن لا يقبل كتابه استهانة بهم وكسرا لقلوبهم فإن قبله جاز لأنه ينفذ حكمه فجاز الحكم بكتابه كقاضى أهل العدل .

(فصل) وإن استولوا على بلد وأقاموا الحدود وأخذوا الزكاة والخراج والجزية اعتد به لأن عليا كرم الله وجهه قاتل أهل البصرة ولم يلغ ما فعلوه وأخذوه ولأن ما فعلوه وأخذوه بتأويل سائغ فوجب إمضاؤه كالحاكم إذا حكم بما يسوغ فيه الاجتهاد فإن عاد البلد إلى أهل العدل فادعى من عليه الزكاة أنه دفعها إلى أهل البغى قبل قوله وهل يحلف عليه مستحبا

(قوله الانتفاع بسلاحهم وكراعهم) قال الجوهرى الكراع اسم يجمع الخيل .

أو واجبا فيه وجهان ذكرناهما فى الزكاة وإن ادعى من عليه الجزية أنه دفعها إليهم لم يقبل قوله لأنها عوض فلم يقبل قوله فى الدفع كالمستأجر إذا ادعى دفع الأجرة وإن ادعى من عليه الخراج أنه دفعه إليهم ففيه وجهان أحدهما يقبل قوله لأنه مسلم فقبل قوله فى الدفع كما قلنا فيمن عليه الزكاة والثانى لا يقبل لأن الخراج ثمن أو أجرة فلم يقبل قوله فى الدفع كالثمن فى البيع والأجرة فى الاجارة

(فصل) وإن أظهر قوم رأى الخوارج ولم يخرجوا عن قبضة الامام لم يتعرض لهم لأن عليا كرم الله وجهه سمع رجلا من الخوارج يقول لا حكم إلا لله تعريضا له فى التحكيم فى صفين فقال كلمة حق أريد بها باطل ثم قال لكم علينا ثلاث لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولا نمنعكم من الفىء ما دامت أيديكم معنا ولا نبدؤكم بقتال ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمنافقين الذين كانوا معه فى المدينة فلأن لا نتعرض لأهل البغى وهم من المسلمين أولى وحكمهم فى ضمان النفس والمال والحد حكم أهل العدل لأن ابن ملجم جرح عليا كرم الله وجهه فقال أطعموه واسقوه واحبسوه فان عشت فأنا ولى دمى أعفو إن شئت وإن شئت استقدت وإن مت فاقتلوه ولا تمثلوا به فإن قتل فهل يتحتم قتله فيه وجهان أحدهما يتحتم لأنه قتل بشهر السلاح فانحتم قتله كقاطع الطريق والثانى لا يتحتم وهو الصحيح لقول على كرم الله وجهه أعفو إن شئت وإن شئت استقدت وإن سبوا الامام أو غيره من أهل العدل عزروا لأنه محرم ليس فيه حد ولا كفارة فوجب فيه التعزير وإن عرضوا بالسب ففيه وجهان أحدهما يعزرون لأنهم إذا لم يعزروا على التعريض صرحوا وخرقوا الهيبة والثانى لا يعزرون لما روى أبو يحيى قال صلى بنا على رضى الله عنه صلاة الفجر فناداه رجل من الخوارج لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين فأجابه على رضوان الله عليه وهو فى الصلاة فاصبر إن وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون ولم يعزره.

(فصل) وإن خرجت على الامام طائفة لا منعة لها أو أظهرت رأى الخوارج كان حكمهم فى ضمان النفس والمال والحدود حكم أهل العدل لأنه لا يخاف نفورهم لقلتهم وقدرة الامام عليهم فكان حكمهم فيما ذكرناه حكم الجماعة كما لو كانوا فى قبضته.

(فصل) وإن خرجت طائفة من المسلمين عن طاعة الامام بغير تأويل واستولت على البلاد ومنعت ما عليها وأخذت ما لا يجوز أخذه قصدهم الامام وطالبهم بما منعوه ورد ما أخذوا وغرمهم ما أتلفوه بغير حق وأقام عليهم حدود ما ارتكبوا لأنه لا تأويل لهم فكان حكمهم ما ذكرناه كقطاع الطريق.

(باب قتل المرتد)

تصح الردة من كل بالغ عاقل مختار فأما الصبى والمجنون فلا تصح ردتهما لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وأما السكران ففيه طريقان من أصحابنا من قال تصح ردته قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان وقد بينا ذلك فى الطلاق فأما المكره فلا تصح ردته لقوله تعالى «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان» وإن تلفظ بكلمة الكفر وهو أسير لم يحكم بردته لأنه مكره وإن تلفظ بها فى دار الحرب فى غير الأسر حكم بردته لأن كونه فى دار الحرب لا يدل على الاكراه وإن أكل لحم الخنزير أو شرب الخمر لم يحكم بردته لأنه قد يأكل ويشرب من غير اعتقاد ومن أكره على كلمة

(قوله فاقتلوه ولا تمثلوا) أى لا تنكلوا مشددا ، ومثل بالقتل مخففا إذا جدعه . والاسم المثلة عن الجوهرى . وفى الحديث نهى أن يمثل بالدواب وأن يوكل الممثول وهو أن ينصب ويرمى (قوله فهل يتحتم) حتمت أوجبت . والحتم القضاء . والحتم القاضى (قوله قتل بشهر السلاح) يقال شهر السلاح شهرا إذا سله (قوله خرقوا الهيبة) استهانوا بها وهتكوها من خرقت الثوب (قوله ليحبطن عملك) أى يذهب باطلا بغير ثواب يقال حبط عمله حبطا بالتسكين وحبوطا بطل ثوابه . قال أبو عمرو والاحباط أن يذهب ماء الركية فلا يعود كما كان (قوله ولا يستخفنك الذين لا يوقنون) استخفه ضد استثقله . واستخفه أهانه . واستخفه عن رأيه إذا حمله على الجهل وأزاله عما كان عليه من الصواب ومعناه لا يستفزنك ولا يستجهلنك.

(ومن باب قتل المرتد)

الارتداد الرجوع عن الدين والاسم الردة . ورد عن الشىء رجع عنه (قوله وقلبه مطمئن بالايمان) اطمأن سكن يقال اطمأن الرجل طمأنينة . واطمئنانا واطمأن إلى كذا إذا سكن إليه وقبله قلبه واستأنس به

الكفر فالأفضل أن لايأتى بها لماروى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثلاث من كن فيه وجد حلاوة الايمان أن يكون الله ورسوله أحب إليه مما سواهما وأن يحب المرء لايحبه إلا الله عز وجل وأن يكره أن يعود فى الكفر كما يكره أن توقد نار فيقذف فيها وروى خباب بن الأرت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال إن كان الرجل ممن كان قبلكم ليحفر له فى الأرض فيجعل فيها فيجاء بمنشار فتوضع على رأسه ويشق باثنتين فلايمنعه ذلك عن دينه ويمشط بأمشاط الحديد مادون عظمه من لحم وعصب مايصده ذلك عن دينه ومن أصحابنا من قال إن كان ممن يرجو النكاية فى العدو أو القيام بأحكام الشرع فالأفضل له أن يدفع القتل عن نفسه ويتلفظ بكلمة الكفر لما فى بقائه من صلاح المسلمين وإن كان لايرجو ذلك اختار القتل .

(فصل) إذا ارتد الرجل وجب قتله لماروى أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لايحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث رجل كفر بعد إسلامه أو زنى بعد إحصانه أو قتل نفسا بغير نفس فان ارتدت امرأة وجب قتلها لما روى جابر رضى الله عنه أن امرأة يقال لها أم رومان ارتدت عن الاسلام فبلغ أمرها إلى النبى صلى الله عليه وسلم فأمر أن تستتاب فان تابت وإلا قتلت وهل يجب أن يستتاب أو يستحب فيه قولان أحدهما لايجب لأنه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمنه القاتل ولو وجبت الاستتابة لضمنه والثانى أنها تجب لما روى أنه لما ورد على عمر رضى الله عنه فتح تستر فسألهم هل كان من مغربة خبر قالوا نعم رجل ارتد عن الاسلام ولحق بالمشركين فأخذناه وقتلناه قال فهلا أدخلتموه بيتا وأغلقتم عليه بابا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه ثلاثا فان تاب وإلا قتلتموه اللهم إنى لم أشهد ولم آمر ولم أرض إذ بلغنى ولو لم تجب الاستتابة لما تبرأ من فعلهم فإن قلنا إنه تجب الاستتابة أو تستحب ففى مدتها قولان أحدهما أنها ثلاثة أيام لحديث عمر رضى الله عنه ولأن الردة لاتكون إلا عن شبهة وقد لايزول ذلك بالاستتابة فى الحال فقدر بثلاثة أيام لأنه مدة قريبة يمكن فيها الارتياء والنظر ولهذا قدر به الخيار فى البيع والثانى وهو الصحيح أنه يستتاب فى الحال فإن تاب وإلا قتل لحديث أم رومان ولأنه استتابة من الكفر فلم تتقدر بثلاث كاستتابة الحربى وإن كان سكرانا فقد قال الشافعى رحمه الله تؤخر الاستتابة فمن أصحابنا من قال تصح استتابته والتأخير مستحب لأنه تصح ردته فصحت استتابته ومنهم من قال لا تصح استتابته ويجب التأخير لأن ردته لا تكون إلا عن شبهة ولا يمكن بيان الشبهة ولا إزالتها مع السكر وإن ارتد ثم جن لم يقتل حتى يفيق ويعرض عليه الإسلام لأن القتل يجب بالردة والاصرار عليها والمجنون لا يوصف بأنه مصر على الردة .

(فصل) وإذا تاب المرتد قبلت توبته سواء كانت ردته إلى كفر ظاهر به أهله أو إلى كفر يستتر به أهله كالتعطيل والزندقة

(قوله فيقذف فيها) أى يرمى به ويطرح (قوله فيجاء بمنشار) يقال نشرت الخشبة أنشرها إذا قطعتها بالمنشار وكذا وشرت الخشبة بالمنشار غير مهموز . والمنشار بالنون والياء (قوله يرجو النكاية فى العدو) ويقال نكيت فى العدو أنكى بغير همز نكاية إذا قتلت فيهم وجرحت. وأصله الوجع والألم. وقيل هو قشر الجرح قال ٭ ولاتنكئى قرح الفؤاد فينجعا ٭ (قوله هل كان من مغربة خبر) قال الجوهرى يعنى الخبر الذى طرأ عليهم من بلد سوى بلدهم. وقال أبو عبيد مغربة بفتح الراء وكسرها وأصله من الغرب وهو البعد . يقال دار غربة أى بعيدة . وشأو مغرب . وغرب الرجل فى الأرض إذا أمعن فيها : وغربته إذا نحيته عن بلده ومنه تغريب الزانى. ويقال أغرب عنى أى ابعد والمعنى فى الحديث هل من خبر جديد جاء من بلد بعيد (قوله الارتياء والنظر) هو الافتعال من الرأى والتدبير والتفكر فى الأمر وعاقبته وصلاحه . والنظر هو التفكر أيضا (قوله والاصرار عليها) يقال أصررت على الشىء إذا أقمت ودمت (قوله كالتعطيل والزندقة) التعطيل مذهب قوم يذهبون إلى أن لا إله يعبد ولا جنة ولا نار مأخوذ من المرأة العاطل وهى التى لاحلى عليها ومن الاناء العاطل أى الفارغ . وفى القرآن وبئر معطلة . والزندقة مذهب الثنوية وهو معرب الواحد يقال إنه زنديق والجمع زنادقة وكان مذهب قوم من قريش فى الجاهلية والثنوية يزعمون أن مع الله ثانيا تعالى الله عن ذلك ذكر هذا فى شمس العلوم : والمشهور أن الزنديق الذى يظهر الاسلام ويخفى الكفر كالمنافق: قال الأزهرى والذى يقول الناس زنديق فان أحمد بن يحيى زعم أن العرب لاتعرفه قال ويقال زندق وتزندق إذا كان بخيلا ٭

لما روى أنس رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله فإذا شهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله واستقبلوا قبلتنا وصلوا صلاتنا وأكلوا ذبيحتنا قد حرمت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بحقها ولهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولأن النبى صلى الله عليه وسلم كف عن المنافقين لما أظهروا من الاسلام مع ما كانوا يبطنون من خلافه فوجب أن يكف عن المعطل والزنديق لما يظهرونه من الاسلام فان كان المرتد ممن لا تأويل له فى كفره فأتى بالشهادتين حكم بإسلامه لحديث أنس رضى الله عنه فان صلى فى دار الحرب حكم بإسلامه وإن صلى فى دار الإسلام لم يحكم بإسلامه لأنه يحتمل أن تكون صلاته فى دار الإسلام للمراآة والتقية وفى دار الحرب لا يحتمل ذلك فدل على إسلامه وإن كان ممن يزعم أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث إلى العرب وحدها أو ممن يقول إن محمدا نبى يبعث وهو غير الذى بعث لم يصح إسلامه حتى يتبرأ مع الشهادتين من كل دين خالف الإسلام لأنه إذا اقتصر على الشهادتين احتمل أن يكون أراد ما يعتقده وإن ارتد بجحود فرض أو استباحة محرم لم يصح إسلامه حتى يرجع عما اعتقده ويعيد الشهادتين لأنه كذب الله وكذب رسوله بما اعتقده فى خبره فلا يصح إسلامه حتى يأتى بالشهادتين وإن ارتد ثم أسلم ثم ارتد ثم أسلم وتكرر منه ذلك قبل إسلامه ويعزر على تهاونه بالدين وقال أبو إسحاق لا يقبل إسلامه إذا تكررت ردته وهذا خطأ لقوله عز وجل قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ولأنه أتى بالشهادتين بعد الردة فحكم بإسلامه كما لو ارتد مرة ثم أسلم.

(فصل) وإن ارتد ثم أقام على الردة فان كان حرا كان قتله إلى الإمام لأنه قتل يجب لحق الله تعالى فكان إلى الإمام كرجم الزانى فإن قتله غيره بغير إذنه عزر لأنه افتات على الامام فان كان عبدا ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز للمولى قتله لأنه عقوبة تجب لحق الله تعالى فجاز للمولى إقامتها كحد الزنا والثانى لا يجوز للمولى قتله لأنه حق الله عز وجل لا يتصل بحق المولى فلم يكن للمولى فيه حق بخلاف حد الزنا فانه يتصل بحقه فى اصلاح ملكه.

(فصل) إذا ارتد وله مال ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يزول ملكه عن ماله وهو اختيار المزنى رحمه الله لأنه لم يوجد أكثر من سبب يبيح الدم وهذا لا يوجب زوال الملك عن ماله كما لو قتل أو زنى والقول الثانى أنه يزول ملكه عن ماله وهو الصحيح لما روى طارق بن شهاب أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال لوفد بزاخة وغطفان نغنم ما أصبنا منكم وتردون إلينا ما أصبتم منا ولأنه عصم بالاسلام دمه وماله ثم ملك المسلمون دمه بالردة فوجب أن يملكوا ماله بالردة والقول الثالث أنه مراعى فان أسلم حكمنا بأنه لم يزل ملكه وإن قتل أو مات على الردة حكمنا بأنه زال ملكه لأن ماله معتبر بدمه ثم استباحة دمه موقوفة على توبته فوجب أن يكون زوال ملكه عن المال موقوفا وعلى هذا فى ابتداء ملكه بالاصطياد والابتياع وغيرهما الأقوال الثلاثة أحدها يملك والثانى لا يملك والثالث أنه مراعى فان قلنا إن ملكه قد زال بالردة صار المال فيئا للمسلمين وأخذ إلى بيت المال وإن قلنا إنه لا يزول أو مراعى حجر عليه ومنع من التصرف فيه لأنه تعلق به حق المسلمين وهو متهم فى اضاعته فحفظ كما يحفظ مال السفيه وأما تصرفه فى المال فانه إن كان بعد الحجر لم يصح لأنه حجر ثبت بالحاكم فمنع صحة التصرف فيه كالحجر على السفيه وإن كان قبل الحجر ففيه ثلاثة أقوال بناء على الأقوال فى بقاء ملكه أحدها أنه يصح والثانى أنه لا يصح والثالث أنه موقوف.

(فصل) وإن ارتد وعليه دين قضى من ماله لأنه ليس بأكثر من موته ولو مات تضيت ديونه فكذلك إذا ارتد.

(فصل) ولا يجوز استرقاقه لأنه لا يجوز اقراره على الكفر فإن ارتد وله ولد أو حمل كان محكوما بإسلامه فاذا بلغ ووصف الكفر قتل وقال أبو العباس فيه قول آخر إنه لا يقتل لأن الشافعى رحمه الله قال ولو بلغ فقتله قاتل قبل أن يصف الاسلام لم يجب عليه القود والمذهب الأول لأنه محكوم بإسلامه وإنما أسقط الشافعى رحمه الله القود بعد البلوغ للشبهة هو أنه بلغ ولم يصف الإسلام ولهذا لو قتل قبل البلوغ وجب القود وإن ولد له ولد بعد الردة من ذمية فهو كافر لأنه ولد بين كافرين وهل يجوز استرقاقه فيه قولان أحدهما لا يجوز لأنه لا يسترق أبواه فلم يسترق والثانى لأنه كافر ولد بين كافرين

(قوله للمراآة والتقية) هى مصدر راءى يرائى مراآة وهو أن يرى الناس الاسلام أو النسك ويبطن خلاف ذلك. والتقية فعلية من الاتقاء وهو الدفع بما يقى عنه المكروه. وتاؤها مبدلة من واو كتاء التقوى (قوله إنه مراعى) أى منتظر وقوله لا تقولوا راعنا قد ذكر.

فجاز استرقاقه كولد الحربيين فإن قلنا لا يجوز استرقاقه استتيب بعد البلوغ فان تاب وإلا قتل وإن قلنا يجوز استرقاقه فوقع في الأسر فللامام أن يمن عليه وله أن يفادي به وله أن يسترقه كولد الحربيين غير أنه إذا استرقه لم يجز إقراره على الكفر لأنه دخل في الكفر بعد نزول القرآن ؛

(فصل) وإن ارتدت طائفة وامتنعت بمنعة وجب على الامام قتالها لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قاتل المرتدة ويتبع في الحرب مدبرهم ويذفف على جريحهم لأنه إذا وجب ذلك في قتال أهل الحرب فلأن يجب ذلك في قتال المرتدة وكفرهم أغلظ أولى وان أخذ منهم أسير استتيب فان تاب وإلا قتل لأنه لا يجوز إقراره على الكفر ؛

(فصل) ومن أتلف منهم نفسا أو مالا على مسلم فان كان ذلك في غير القتال وجب عليه ضمانه لأنه التزم ذلك بالإقرار بالاسلام فلم يسقط عنه بالجحود كما لا يسقط عنه ما التزمه بالاقرار عند الحاكم بالجحود فان أتلف ذلك في حال القتال ففيه طريقان أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني وغيره من البغداديين أنه على قولين كما قلنا في أهل البغي والثاني وهو قول القاضي أبي حامد المروروذي وغيره من البصريين أنه يجب عليه الضمان قولا واحدا لأنه لا ينفذ قضاء قاضيهم فكان حكمهم في الضمان حكم قاطع الطريق والأول هو الصحيح أنه على قولين أصحهما أنه لا يجب الضمان لما روى طارق بن شهاب قال جاء وفد بزاخة وغطفان إلى أبي بكر يسألونه الصلح فقال تدون قتلانا وقتلاكم في النار فقال عمر إن قتلانا قتلوا على أمر الله ليس لهم ديات فتفرق الناس على قول عمر رضي الله عنه ؛

(فصل) وللسحر حقيقة وله تأثير في إيلام الجسم وإتلافه وقال أبو جعفر الاستراباذي من أصحابنا لا حقيقة له ولا تأثير له والمذهب الأول لقوله تعالى ومن شر النفاثات في العقد والنفاثات السواحر ولو لم يكن للسحر حقيقة لما أمر بالاستعاذة من شره وروت عائشة رضي الله عنها قالت سحر رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أنه ليخيل إليه أنه قد فعل الشيء وما فعله ويحرم فعله لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من سحر أو سحر له وليس منا من تكهن أو تكهن له وليس منا من تطير أو تطير له ويحرم تعلمه لقوله تعالى ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر فذمهم على تعليمه ولأن تعلمه يدعو إلى فعله وفعله محرم فحرم ما يدعو إليه فان علم أو تعلم واعتقد تحريمه لم يكفر لأنه إذا لم يكفر بتعلم الكفر فلأن لا يكفر بتعلم السحر أولى وان اعتقد إباحته مع العلم بتحريمه فقد كفر لأنه كذب الله تعالى في خبره ويقتل كما يقتل المرتد ؛

(باب صول الفحل)

من قصده رجل في نفسه أو ماله أو أهله بغير حق فله أن يدفعه لما روى سعيد بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قاتل دون أهله أو ماله فقتل فهو شهيد وهل يجب عليه الدفع ينظر فيه فان كان في المال لم يجب لأن المال يجوز إباحته وإن كان في أهله وجب عليه

(قوله النفاثات في العقد) السواحر والنفث شبيه بالنفخ وهو أقل من التفل ؛ والعقد جمع عقدة لأن الساحرة تعقد عقدا في خيط وتنفث عليها بريقها كأنها ترقى (قوله ليس منا من سحر ولا سحر له) السحر صرف الشيء عن جهته إلى غيرها قال الله تعالى إن يتبعون إلا رجلا مسحورا أي مصروفا عن الحق وقوله بل نحن قوم مسحورون أي أزلنا وصرفنا بالتخييل عن معرفتنا وقوله صلى الله عليه وسلم إن من البيان لسحرا أي ما يصرف ويميل من يسمعه إلى قوله وإن كان ليس بحق (قوله تكهن أو تكهن له) الكهانة ادعاء علم الغيب وكان في الجاهلية فأبطله الاسلام والطيرة أيضا من أمر الجاهلية وهي التشاؤم ومنه قوله تعالى يطيروا بموسى وكانوا يتشاءمون بالمرأة والفرس والدار. وأصل الطيرة من زجر الطير ؛ وكانوا يزجرون الطير أي يثيرونها من أماكنها فان طار الغراب قالوا غربة وإن طار الحمام قالوا حمام وما أشبهه . والعيافة من عاف الشيء إذا كرهه ؛

(ومن باب صول الفحل)

صال الفحل يصول إذا وثب . والمصاولة المواثبة وذلك مثل أن يعدو على الناس ويقتلهم (قوله من قاتل دون أهله أو ماله فقتل فهو شهيد) أصل الشهادة الحضور ومنه الشهادة على الخصم وكأن الشهداء أحضرت أنفسهم دار السلام وشاهدوا الجنة وأرواح غيرهم لا تشهدها إلا بعد البعث . وقيل سمي شهيدا لأن الله تعالى وملائكته يشهدون له بالجنة . وقيل سموا شهداء لأنهم يستشهدون يوم

الدفع لأنه لا يجوز إباحته وإن كان فى النفس ففيه وجهان أحدهما أنه يجب عليه الدفع لقوله عز وجل ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة والثانى أنه لا يجب لأن عثمان رضى الله عنه لم يدفع عن نفسه ولأنه ينال به الشهادة إذا قتل فجاز له ترك الدفع لذلك :

(فصل) وإذا أمكنه الدفع بالصياح والاستغاثة لم يدفع باليد وإن كان فى موضع لا يلحقه الغوث دفعه باليد فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا فإن لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح فإن لم يندفع إلا باتلاف عضو دفعه باتلاف العضو فإن لم يندفع إلا بالقتل دفعه بالقتل وإن عض يده ولم يمكنه تخليصها إلا بفك لحييه وإن لم يندفع إلا بأن يبعج جوفه بعج جوفه ولا يجب عليه فى شىء من ذلك ضمان لما روى عمران بن الحصين قال قاتل يعلى بن أمية رجلا فعض أحدهما يد صاحبه فانتزع يده من فيه فنزع ثنيته فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية له ولأنه ألجأه إلى الاتلاف فلم يضمنه كما لو رمى حجرا فرجع الحجر عليه فأتلفه وإن قدر على دفعه بالعصا فقطع عضوا أو قدر على دفعه بالقطع فقتله وجب عليه الضمان لأنه جناية غير حق فأشبه إذا جنى عليه من غير دفع وإن قصده ثم انصرف عنه لم يتعرض له وإن ضربه فعطله لم يجز أن يضربه ضربة أخرى لأن القصد كف أذاه فإن قصده فقطع يده فولى عنه فقطع يده الأخرى وهو مول لم يضمن الأولى لأنه قطع بحق ويضمن الثانية لأنه قطع بغير حق وإن مات منهما لم يجب عليه القصاص فى النفس لأنه مات من مباح ومحظور ولولى المقتول الخيار بين أن يقتص من اليد الثانية وبين أن يأخذ نصف دية النفس :

(فصل) وإن وجد رجلا يزنى بامرأته ولم يمكنه المنع إلا بالقتل فقتله لم يجب عليه شىء فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه قتله بحق فإن ادعى أنه قتله لذلك وأنكر الولى ولم يكن بينة لم يقبل قوله فإذا حلف الولى حكم عليه بالقود لما روى أبو هريرة أن سعد بن عبادة قال يا رسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتى رجلا أأمهله حتى آتى بأربعة شهداء قال نعم فدل على أنه لا يقبل قوله من غير بينة وروى سعيد بن المسيب قال أرسل معاوية أبا موسى إلى على كرم الله وجهه يسأله عن رجل وجد على امرأته رجلا فقتله فقال على كرم الله وجهه لتخبرنى لم تسأل عن هذا فقال إن معاوية كتب إلى فقال على أنا أبو الحسن إن جاء بأربعة شهداء يشهدون على الزنا وإلا أعطى برمته يقول يقتل :

(فصل) وإن صالت عليه بهيمة فلم تندفع إلا بالقتل فقتلها لم يضمن لأنه إتلاف بدفع جائز فلم يضمن كما لو قصده آدم فقتله للدفع

(فصل) فإن أطلع رجل أجنبى فى بيته على أهله فله أن يفقأ عينه لما روى سهل بن سعد قال أطلع رجل من جحر فى حجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومع النبى صلى الله عليه وسلم مدرا يحك به رأسه فقال النبى صلى الله عليه وسلم لو علمت أنك تنظر لطعنت به عينك إنما جعل الاستئذان من أجل البصر وهل له أن يصيبه قبل أن ينهاه بالكلام فيه وجهان أحدهما وهو قول القاضى أبى حامد المروروذى والشيخ أبى حامد الاسفراينى أنه يجوز للخبر والثانى أنه لا يجوز كما لا تجوز إصابة من يقصد نفسه بالقتل إذا اندفع بالقول ولا يجوز أن يصيبه إلا بشىء خفيف لأن المستحق بهذه الجناية فقء العين وذلك يحصل بسبب خفيف فلم تجز الزيادة عليه وإن فقأ عينه فمات منه لم يضمن لأنه سراية من مباح فلم يضمن كسراية القصاص فإن رماه بشىء يقتل فمات منه ضمنه لأنه قتله بغير حق وإن رماه فلم يرجع استغاث عليه فإن لم يكن من يغيثه فالمستحب أن يخوفه بالله تعالى فإن لم يقبل فله أن يصيبه بما يدفعه فإن أتى على نفسه لم يضمن لأنه تلف بدفع جائز فإن أطلع أعمى لم يجز له رميه لأنه لا ينظر إلى محرم وإن أطلع ذو رحم محرم لأهله لم يجز

القيامة مع النبى صلى الله عليه وسلم على الأمم قال الله تعالى لتكونوا شهداء على الناس ولا تلقوا بأيديكم لى التهلكة قال اليزيدى التهلكة من نوادر المصادر وليست مما يجرى على القياس (قوله بالصياح والاستغاثة) يقال صياح وصياح بضم الصاد وكسرها والاستغاثة دعاء الناس والاستنصار بهم (قوله بأن يبعج جوفه) بعج جوفه بعجا إذا شقه فهو مبعوج. وإلا أعطى برمته الرمة بالضم الحبل البالى ومعناه يعطى مربوطا بحبله فى عنقه ويده فيدفع إلى أولياء المقتول فيقتلونه قال ابن قتيبة أصله أن أعرابيا باع بعيرا وفى عنقه حبل فقال للمشترى خذه برمته أى بحبله الذى فى عنقه ثم قيل لكل من أخذ شيئا بجملته قد أخذه برمته أى أخذه كله وهى القطعة من الحبل وبها سمى ذو الرمة الشاعر واسمه غيلان لقوله • فيه بقايا رمة التقليد • يصف الوتد

(قوله وبيده مدرا يحك به رأسه) المدرا بغير همز شىء كالمسلة تكون مع الماشطة تصلح به النساء وربما قيل المدراة قال طرفة

تهلك المدراة فى أكنافه فإذا ما أرسلته ينعفر

رميه لأنه غير ممنوع من النظر وإن كانت زوجته متجردة فقصد النظر إليها جاز له رميه لأنه محرم عليه النظر إلى مادون السرة وفوق الركبة منها كما يحرم على الأجنبي وإن أطلع عليه من باب مفتوح أو كوة واسعة فإن نظر وهو على اجتيازه لم يجز رميه لأن المفرط صاحب الدار بفتح الباب وتوسعة الكوة وإن وقف وأطال النظر ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز له رميه لأنه مفرط فى الاطلاع فأشبه إذا أطلع من ثقب والثانى أنه لايجوز له رميه وهو قول القاضى أبى القاسم العمرى لأن صاحب الدار مفرط فى فتح الباب وتوسعة الكوة ؛

(فصل) وإذا دخل رجل داره بغير إذنه أمره بالخروج فإن لم يقبل فله أن يدفعه بما يدفع به من قصد ماله أو نفسه فإن قتله فادعى أنه قتله للدفع عن داره وأنكر الولى لم يقبل قول القاتل من غير بينة لأن القتل متحقق ومايدعيه خلاف الظاهر فإن أقام بينة أنه دخل داره مقبلا عليه بسلاح شاهر لم يضمن لأن الظاهر أنه قصد قتله وإن أقام الولى بينة أنه دخل داره بسلاح غير شاهر ضمنه بالقود أو بالدية لأن القتل متحقق وليس ههنا مايدفعه ؛

(فصل) إذا أفسدت ماشية زرعا لغيره ولم يكن معها فإن كان ذلك بالنهار لم يضمن وإن كان بالليل ضمن لما روى حزام ابن سعد بن محيصة أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت زرعا فقضى النبى صلى الله عليه وسلم أن على أهل الأموال حفظ أموالهم بالنهار وعلى أهل المواشى ما أصابت مواشيهم بالليل وإن كان له هرة تأكل الطيور فأكلت طير الغيره أوله كلب عقور فأتلف إنسانا وجب عليه الضمان لأنه مفرط فى ترك حفظه ؛

(فصل) وإن مرت بهيمة له بجوهرة لآخر فابتلعتها نظرت فإن كان معها ضمن الجوهرة لأن فعلها منسوب إليه وقال أبو على ابن أبى هريرة إن كانت شاة لم يضمن وإن كان بعيرا ضمن لأن العادة فى البعير أنه يضبط وفى الشاة أن ترسل وهذا فاسد لأنه يبطل بإفساد الزرع لأنه لافرق فيه بين الجميع فإن لم يكن معها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة إنه إن كان ذلك نهارا لم يضمن وإن كان ليلا ضمن كالزرع والثانى وهو قول القاضى أبى الحسن الماوردى البصرى أنه يضمنها ليلا ونهارا والفرق بينه وبين الزرع أن رعى الزرع مألوف صاحبه فلزم صاحبه حفظه منها وابتلاع الجوهرة غير مألوف فلم يلزم صاحبها حفظها منها فعلى هذا إن طلب صاحب الجوهرة ذبح البهيمة لأجل الجوهرة لم تذبح ويغرم قيمة الجوهرة فإن دفع القيمة ثم ماتت البهيمة ثم أخرجت الجوهرة من جوفها وجب ردها إلى صاحبها لأنها عين ماله واسترجعت القيمة فإن نقصت قيمة الجوهرة بالابتلاع ضمن صاحب البهيمة مانقص وإن كانت البهيمة مأكولة ففى ذبحها وجهان بناء على القولين فيمن غصب خيطا وخاط به جرح حيوان مأكول ؛

﴿ كتاب السير ﴾

من أسلم فى دار الحرب ولم يقدر على إظهار دينه وقدر على الهجرة وجبت عليه الهجرة لقوله عز وجل إن الذين توفاهم الملائكة ظالمى أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين فى الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أنا برىء من كل مسلم مع مشرك فإن لم يقدر على الهجرة لم يجب عليه لقوله عز وجل إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لايستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله

(قوله بسلاح شاهر) أى سيف مسلول وقد ذكر ؛

(ومن كتاب السير)

السير جمع سيرة وهو الطريق يقال سار بهم سيرة حسنة ويقال هم على سيرة واحدة أى على طريقة واحدة . والمهاجرة من أرض إلى أرض هى ترك الأولى للثانية مشتق من الهجر الذى هو ضد الوصل . والجهاد مشتق من الجهد وهو المشقة يقال أجهد دابه إذا حمل عليها فى السير فوق طاقتها . وقيل هو المبالغة واستفراغ مافى الوسع يقال جهد الرجل فى كذا أى جد فيه وبالغ ويقال اجهد جهدك فى هذا الأمر أى أبلغ غايتك وقوله تعالى وجاهدوا فى الله حق جهاده . وأقسموا بالله جهد أيمانهم أى بالغوا فى اليمين واجتهدوا فيها . والغزو أصله الطلب يقال مامغزاك من هذا الأمر أى مامطلبك . وسمى الغازى غازيا لطلبه الغزو وجمعه غزاة وغزى كناقص ونقص .

عفوا غفورا» وإن قدر على إظهار الدين ولم يخف الفتنة فى الدين لم تجب عليه الهجرة لأنه لما أوجب على المستضعفين دل على أنه لا تجب على غيرهم ويستحب له أن يهاجر لقوله عز وجل «لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض» ولأنه إذا أقام فى دار الشرك كثر سوادهم ولأنه لا يؤمن أن يميل إليهم ولأنه ربما ملك الدار فاسترق ولده .

(فصل) والجهاد فرض والدليل عليه قوله عز وجل «كتب عليكم القتال وهو كره لكم» وقوله تعالى «وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم» وهو فرض على الكفاية إذا قام به من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقين لقوله عز وجل «لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون فى سبيل الله بأموالهم وأنفسهم فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى» ولو كان فرضا على الجميع لما فاضل بين من فعل وبين من ترك ولأنه وعد الجميع بالحسنى فدل على أنه ليس بفرض على الجميع وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث إلى بنى لحيان وقال ليخرج من كل رجلين رجل ثم قال للقاعدين أيكم خلف الخارج فى أهله وماله بخير كان له مثل نصف أجر الخارج ولأنه لو جعل فرضا على الأعيان لاشتغل الناس به عن العمارة وطلب المعاش فيؤدى ذلك إلى خراب الأرض وهلاك الخلق .

(فصل) ويستحب الإكثار منه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الأعمال أفضل قال الإيمان بالله ورسوله وجهاد فى سبيل الله وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يا أبا سعيد من رضى بالله ربا وبالإسلام دينا وبمحمد صلى الله عليه وسلم نبيا وجبت له الجنة فقال أعدها يا رسول الله ففعل ثم قال وأخرى يرفع الله بها للعبد مائة درجة فى الجنة ما بين كل درجتين كما بين السماء والأرض قال وما هى يا رسول الله قال الجهاد فى سبيل الله الجهاد فى سبيل الله وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذى نفسى بيده لوددت أنى أقاتل فى سبيل الله فأقتل ثم أحيا فأقتل ثم أحيا فأقتل وكان أبو هريرة يقول ثلاثا أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قالها ثلاثا وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم غزا سبعا وعشرين غزوة وبعث خمسا وثلاثين سرية .

(فصل) وأقل ما يجزىء فى كل سنة مرة لأن الجزية تجب فى كل سنة مرة وهى بدل عن القتل فكذلك القتل ولأن فى تعطيله فى أكثر من سنة يطمع العدو فى المسلمين فإن دعت الحاجة فى السنة إلى أكثر من مرة وجب لأنه فرض على الكفاية فوجب منه ما دعت الحاجة إليه فإن دعت الحاجة إلى تأخيره لضعف المسلمين أو قلة ما يحتاج إليه من قتالهم من العدة أو للطمع فى إسلامهم ونحو ذلك من الأعذار جاز تأخيره لأن النبى صلى الله عليه وسلم أخر قتال قريش بالهدنة وأخر قتال غيرهم من القبائل بغير هدنة ولأن ما يرجى من النفع بتأخيره أكثر مما يرجى من النفع بتقديمه فوجب تأخيره .

(فصل) ولا يجاهد أحد عن أحد بعوض وغير عوض لأنه إذا حضر تعين عليه الفرض فى حق نفسه فلا يؤديه عن غيره كما لا يحج عن غيره وعليه فرضه .

(فصل) ولا يجب الجهاد على المرأة لما روت عائشة رضى الله عنها قالت سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجهاد فقال جهادكن الحج أو حسبكن الحج ولأن الجهاد هو القتال وهن لا يقاتلن ولهذا رأى عمر بن أبى ربيعة امرأة مقتولة فقال

(قوله غير أولى الضرر) هم الأعمى والأعرج والمريض نزلت فى ابن أم مكتوم الأعمى . وبنو لحيان بطن من هذيل بكسر اللام (قوله أيكم خلف الخارج فى أهله) يقال خلفه إذا جاء من بعده وأراد بأهله ههنا زوجته وقد ذكر . وبعث خمسا وثلاثين سرية السرية قطعة من الجيش من خمسين إلى أربعمائة اختارهم الأمير مأخوذ من السرى وهو الجيد ومنه الحديث خير السرايا أربعمائة وقيل سميت السرية سرية لأنها تستخفى فى قصدها فتسرى ليلا وهى فعيلة بمعنى فاعلة يقال سرى وأسرى ولا يكون إلا بالليل (قوله بالهدنة) هى ترك الحرب وأصلها السكون (قوله حسبكن الحج) أى يكفيكن الحج أى حسبكن من المشقة والتعب ما تجدن من ألم السير للحج ومشقته قال الله تعالى «يا أيها النبى حسبك الله» أى كافيك الله يقال أحسبنى الشىء أى كفانى

إن من أكبر الكبائر عندى　قتل　بيضاء حرة عطبول
كتب　القتل والقتال علينا　وعلى الغانيات جر الذيول

ولا يجب على الخنثى المشكل لأنه يجوز أن يكون امرأة فلا يجب عليه بالشك ولا يجب على العبد لقوله عز وجل « ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج » والعبد لا يجد ما ينفق وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا أسلم عنده رجل لا يعرفه قال أحر هو أو مملوك فإن قال أنا حر بايعه على الإسلام والجهاد وإن قال أنا مملوك بايعه على الإسلام ولم يبايعه على الجهاد ولأنه عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فلا يجب على العبد كالحج :

(فصل) ولا يجب على الصبى والمجنون لما روى على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وروى عروة بن الزبير قال رد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر نفرا من أصحابه استصغرهم منهم عبد الله بن عمر وهو يومئذ ابن أربع عشرة سنة وأسامة بن زيد والبراء بن عازب وزيد بن ثابت وزيد بن أرقم وعرابة ابن أوس ورجل من بنى حارثة فجعلهم حرسا للذرارى والنساء ولأنه عبادة على البدن فلا يجب على الصبى والمجنون كالصوم والصلاة والحج .

(فصل) ولا يجب على الأعمى لقوله عز وجل « ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج » ولا يختلف أهل التفسير أنها فى سورة الفتح أنزلت فى الجهاد ولأنه لا يصلح للقتال فلم يجب عليه وإن كان فى بصره شىء فإن كان يدرك الشخص وما يتقيه من السلاح وجب عليه لأنه يقدر على القتال وإن لم يدرك ذلك لم يجب عليه لأنه لا يقدر على القتال ويجب على الأعور والأعشى وهو الذى يبصر بالنهار دون الليل لأنه كالبصير فى القتال ولا يجب على الأعرج الذى يعجز عن الركوب والمشى للآية ولأنه لا يقدر على القتال ويجب عليه إذا قدر على الركوب والمشى لأنه يقدر على القتال ولا يجب على الأقطع والأشل لأنه يحتاج فى القتال إلى يد يضرب بها ويد يتقى بها وإن قطع أكثر أصابعه لم يجب عليه لأنه لا يقدر على القتال وإن قطع الأقل وجب عليه لأنه يقدر على القتال ولا يجب على المريض الثقيل للآية ولأنه لا يقدر على القتال ويجب على من به حمى خفيفة أو صداع قليل لأنه يقدر على القتال :

(فصل) ولا يجب على الفقير الذى لا يجد ما ينفق فى طريقه فاضلا عن نفقة عياله لقوله عز وجل « ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج » فإن كان القتال على باب البلد أو حواليه وجب عليه لأنه لا يحتاج إلى نفقة الطريق وإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة ولم يقدر على مركوب يحمله لم يجب عليه لقوله عز وجل « ولا على الذين إذا ما أتوك لتحملهم قلت لا أجد ما أحملكم عليه تولوا وأعينهم تفيض من الدمع حزنا أن لا يجدوا ما ينفقون » ولأنها عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فلم تجب من غير مركوب كالحج وإن بذل له الإمام ما يحتاج إليه من مركوب وجب عليه أن يقبل ويجاهد لأن ما يعطيه الإمام حق له وإن بذل له غيره لم يلزمه قبوله لأنه اكتساب مال لتجب به العبادة فلم يجب كاكتساب المال للحج والزكاة :

(فصل) ولا يجب على من عليه دين حال أن يجاهد من غير إذن غريمه لما روى أبو قتادة رضى الله عنه أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله أرأيت إن قتلت فى سبيل الله كفر الله خطاياى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن قتلت فى سبيل الله صابرا محتسبا مقبلا غير مدبر كفر الله خطاياك إلا الدين كذلك قال لى جبريل ولأن فرض الدين متعين

(قوله حرة عطبول) الحرة الخالصة الحسب البريئة من الريب . والحر الخالص من كل شىء : والعطبول المرأة الحسناء مع تمام خلق وتمام طول : وهذه المرأة ابنة النعمان بن بشير امرأة المختار بن أبى عبيد قتلها مصعب بن الزبير حين قتله فأنكر الناس عليه ذلك وأعظموه لارتكابه ما نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم (قوله كتب القتل) أى فرض وأوجب . والغانيات جمع غانية وهى التى استغنت بزوجها عن غيره وقيل استغنت بحسنها عن لباس الحلى والزينة . وجر الذيول أراد ما تجره المرأة خلفها من فضل ثوبها : وهو منهى عنه مكروه وبعد البيتين :

قتلت باطلا على غير شىء　إن لله درها من قتيل

(قوله فجعلهم حرسا للذرارى) جمع حارس . والحراسة هى الحفظ حرسه حراسة أى حفظه ومنه حرس السلطان الذين يحفظونه
(قوله وصابرا محتسبا) أى طالبا للثواب :

عليه فلايجوز تركه لفرض على الكفاية يقوم عنه غيره مقامه فان استناب من يقضيه من مال حاضر جاز لأن الغريم يصل إلى حقه وإن كان من مال غائب لم يجز لأنه قد يتلف فيضيع حق الغريم وإن كان الدين مؤجلا ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز أن يجاهد من غير إذن الغريم كما يجوز أن يسافر لغير الجهاد والثانى أنه لايجوز لأنه يتعرض للقتل طالبا للشهادة فلا يؤمن أن يقتل فيضيع دينه :

(فصل) وإن كان أحد أبويه مسلما لم يجز أن يجاهد بغير إذنه لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يستأذنه فى الجهاد فقال أحى والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وروى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال سألت النبى صلى الله عليه وسلم أى الأعمال أفضل فقال الصلاة لميقاتها قلت ثم ماذا قال بر الوالدين قلت ثم ماذا قال الجهاد فى سبيل الله فدل على أن بر الوالدين مقدم على الجهاد ولأن الجهاد فرض على الكفاية ينوب عنه فيه غيره وبر الوالدين فرض يتعين عليه لأنه لاينوب عنه فيه غيره ولهذا قال رجل لابن عباس رضى الله عنه إنى نذرت أن أغزو الروم وأن أبوى منعانى فقال أطع أبويك فان الروم ستجد من يغزوها غيرك وإن لم يكن له أبوان وله جد أو جدة لم يجز أن يجاهد من غير إذنهما لأنهما كالأبوين فى البر وإن كان له أب وجد أو أم وجدة فهل يلزمه استئذان الأب مع الجد أو استئذان الجدة مع الأم فيه وجهان أحدهما لايلزمه لأن الأب والأم يحجبان الجد والجدة عن الولاية والحضانة والثانى يلزمه وهو الصحيح عندى لأن وجود الأبوين لايسقط بر الجدين ولا ينقص شفقتهما عليه وإن كان الأبوان كافرين جاز أن يجاهد من غير إذنهما لأنهما متهمان فى الدين وإن كانا مملوكين فقد قال بعض أصحابنا أنه يجاهد من غير إذنهما لأنه لا إذن لهما فى أنفسهما فلم يعتبر إذنهما لغيرهما قال الشيخ الامام وعندى أنه لايجوز أن يجاهد إلا بإذنهما لأن المملوك كالحر فى البر والشفقة فكان كالحر فى اعتبار الاذن وإن أراد الولد أن يسافر فى تجارة أو طلب علم جاز من غير إذن الأبوين لأن الغالب فى سفره السلامة .

(فصل) وإن أذن الغريم لغريمه أو الوالد لولده ثم رجعا أو كانا كافرين فأسلما فان كان ذلك قبل التقاء الزحفين لم يجز الخروج إلا بالاذن وإن كان بعد التقاء الزحفين ففيه قولان أحدهما أنه لايجوز أن يجاهد إلا بالاذن لأنه عذر يمنع وجوب الجهاد فإذا طرأ منع من الوجوب كالعمى والمرض والثانى أنه يجاهد من غير إذن لأنه اجتمع حقان متعينان وتعين الجهاد سابق فقدم وإن أحاط العدو بهم تعين فرض الجهاد وجاز من غير إذن الغريم ومن غير إذن الأبوين لأن ترك الجهاد فى هذه الحالة يؤدى إلى الهلاك فقدم على حق الغريم والأبوين :

(فصل) ويكره الغزو من غير إذن الإمام أو الأمير من قبله لأن الغزو على حسب حال الحاجة والإمام والأمير أعرف بذلك ولايحرم لأنه ليس فيه أكثر من التغرير بالنفس والتغرير بالنفس يجوز فى الجهاد :

(فصل) ويجب على الإمام أن يشحن مايلى الكفار من بلاد المسلمين بجيوش يكفون من يليهم ويستعمل عليهم أمراء ثقات من أهل الإسلام مدبرين لأنه إذا لم يفعل ذلك لم يؤمن إذا توجه فى جهة الغزو أن يدخل العدو من جهة أخرى فيملك بلاد الإسلام وإن احتاج إلى بناء حصن أو حفر خندق فعل لأن النبى صلى الله عليه وسلم حفر الخندق وقال البراء بن عازب رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يوم الخندق ينقل التراب حتى وارى التراب شعره وهو يرتجز برجز عبد الله بن رواحة وهو يقول « اللهم لولا أنت ما اهتدينا »

(قوله التقاء الزحفين) الزحف الجيش : يزحفون إلى العدو أى يمشون (قوله التغرير) التغرير بالنفس المخاطرة والتقدم على غير ثقة ومايؤدى إلى الهلاك (قوله ويجب أن يشحن) أى يملأ يقال شحنت البلد بالخيل ملأته وبالبلد شحنة من الخيل أى رابطة قال الله تعالى فى الفلك المشحون أى المملوء (قوله مدبرين) المدبر الذى ينظر فى دبر الأمر أى عاقبته (قوله برجز عبد الله بن رواحة وهو يقول اللهم لولا أنت مااهتدينا) فيه خزم من طريق العروض ويستقيم وزنه لاهم والألف واللام زائدتان على الوزن وذلك يجىء فى الشعر كما روى عن على كرم الله وجهه

أشدد حيازيمك للموت فان الموت لاقيكا
ولا تجزع من الموت إذا حل بواديكا

ولا تصدقنا ولا صلينا * فأنزلن سكينة علينا * وثبت الأقدام إن لاقينا * وإذا أراد الغزو بدأ بالأهم فالأهم لقوله عز وجل قاتلوا الذين يلونكم من الكفار فإذا استوت الجهاد فى الخوف اجتهد وبدأ بأهمها عنده :

(فصل) وإذا أراد الخروج عرض الجيش ولا يأذن لمخذل ولا لمن يعاون الكفار بالمكاتبة لقوله عز وجل لو خرجوا فيكم مازادوكم إلا خبالا ولأوضعوا خلالكم يبغونكم الفتنة قيل فى التفسير لأوقعوا بينكم الاختلاف وقيل لأشرعوا فى تفريق جمعكم ولأن فى حضورهم إضرارا بالمسلمين ولا نستعين بالكفار من غير حاجة لما روت عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى بدر فتبعه رجل من المشركين فقال له تؤمن بالله ورسوله قال لا قال فارجع فلن أستعين بمشرك فإن احتاج أن يستعين بهم فإن لم يكن من يستعين به حسن الرأى فى المسلمين لم نستعن به لأن ما يخاف من الضرر بحضورهم أكثر مما يرجى من المنفعة وإن كان حسن الرأى فى المسلمين جاز أن نستعين بهم لأن صفوان بن أمية شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شركه حرب هوزان وسمع رجلا يقول غلبت هوزان وقتل محمد فقال بفيك الحجر لرب من قريش أحب إلى من رب من هوزان وإن احتاج إلى أن يستأجرهم جاز لأنه لا يقع الجهاد له وفى القدر الذى يستأجر به وجهان أحدهما لا يجوز له أن تبلغ الأجرة سهم راجل لأنه ليس من أهل فرض الجهاد فلا يبلغ حقه سهم راجل كالصبى والمرأة والثانى وهو المذهب أنه يجوز لأنه عوض فى الإجارة فجاز أن يبلغ قدر سهم الراجل كالأجرة فى سائر الإجارات ويجوز أن يأذن للنساء لما روت الربيع بنت معوذ قالت كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنخدم القوم ونسقيهم الماء ونرد الجرحى والقتلى إلى المدينة ويجوز أن يأذن لمن اشتد من الصبيان لأن فيهم معاونة ولا يأذن لمجنون لأنه يعرضه للهلاك من غير منفعة وينبغى أن يتعاهد الخيل فلا يدخل حطبا وهو الكسير ولا قحما وهو الكبير ولا ضرعا وهو الصغير ولا أعجف وهو الهزيل لأنه ربما كان سببا للهزيمة ولأنه يزاحم به الغانمين فى سهمهم ويأخذ البيعة على الجيش أن لا يفروا لما روى جابر رضى الله عنه قال كنا يوم الحديبية ألف رجل وأربعمائة فبايعناه تحت الشجرة على أن لا نفر ولم نبايعه على الموت يعنى النبى صلى الله عليه وسلم ويوجه الطلائع ومن يتجسس أخبار الكفار لما روى جابر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق من يأتينا بخبر القوم فقال الزبير أنا فقال إن لكل نبى حواريا وحوارى الزبير والمستحب أن

فإن قوله اشدد حزم كله والحزم بالزاى وزنه مفاعيلن ثلاث مرات وهو هزج (قوله فأنزلن سكينة علينا) السكينة فعيلة من السكون وهو الوقار والطمأنينة وما يسكن به الإنسان وقيل هى الرحمة فيكون المعنى أنزل علينا رحمة أو ما تسكن به قلوبنا من خوف العدو ورعبه . وأما السكينة التى فى القرآن فى قوله تعالى التابوت فيه سكينة من ربكم قيل له وجه مثل وجه الإنسان ثم هى بعد ريح هفافة . وقيل لها رأس مثل رأس الهر وجناحان وهى من أمر الله عز وجل ولعلهم كانوا ينتصرون بها كما نصر بها طالوت على جالوت (قوله وثبت الأقدام إن لاقينا) يقال رجل ثبت فى الحرب وثبيت أى لا يزول عن مكانه عند لقاء العدو وقال الله تعالى «وثبت أقدامنا» ويجوز أن يكون ثابت القلب كما قيل * ثبت إذا صيح بالقوم وقر * (قوله عرض الجيش) يقال عرضت الجيش أى أظهرتهم فنظرت ما حولهم وكذلك عرضت الجارية على البيع عرضا أى أظهرتها لذلك . وقوله ولا يأذن لمخذل هو الذى يقول بالكفار وكثرة خيلهم جيدة وما شاكله يقصد بذلك خذلان المسلمين وهو التخلف عن النصرة وترك الإعانة يقال للظبى إذا تخلف عن القطيع خذل ويقال خذلت الوحشية إذا أقامت على ولدها وتخلفت قال طرفة * خذول تراعى ربربا بخميلة * (قوله مازادوكم إلا خبالا) أى فسادا وقد خبله وخبله واختبله إذا أفسد عقله أو عضوه . ولأوضعوا خلالكم أى أسرعوا فى السير يقال وضع البعير يضع وأوضعه راكبه إذا حمله على العدو السريع . وخلالكم بينكم . والخلة الفرجة بين الشيئين والجمع الخلال (قوله بفيك الحجر) يقال هذا لمن يتكلم بغير الحق دعاء على طريق التكذيب (قوله لرب من قريش) أى سيد والرب السيد الرئيس وكان يقال لحذيفة بن بدر رب معد أى سيدها (قوله ويوجه الطلائع ومن يتجسس) الطلائع جمع طليعة وهو من يبعث أمام الجيش ليطالع طلع العدو أى ينظر إليهم . والتجسس بالجيم طلب الأخبار والبحث عنها وكذلك تحسس الخبر بالحاء ومنهم من يفرق بينهما فيقول تحسست بالحاء فى الخير والشر وبالجيم فى الشر لا غير قالوا والجاسوس صاحب سر الشر والناموس صاحب سر الخير وقيل بالحاء أن تطلبه لنفسك وبالجيم لغيرك (قوله إن لكل نبى حواريا وحوارى الزبير) قيل معناه أنه مخصص من أصحابى ومفضل من الخبز الحوارى وهو أفضل الخبز وأرفعه . وحوارى عيسى هم المفضلون عنده وخاصته وقيل لأنهم

يخرج يوم الخميس لما روى كعب بن مالك قال قلما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج في سفر إلا يوم الخميس ويستحب أن يعقد الرايات ويجعل تحت كل راية طائفة لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن أبا سفيان أسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ياعباس احبسه على الوادي حتى تمر به جنود الله فيراها قال العباس فحبسته حيث أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ومرت به القبائل على راياتها حتى مر به رسول الله صلى الله عليه وسلم في الكتيبة الخضراء كتيبة فيها المهاجرون والأنصار لا يرى منهم إلا الحدق من الحديد فقال من هؤلاء ياعباس قال قلت هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم في المهاجرين والأنصار فقال ما لأحد بهؤلاء من قبل والله ياأبا الفضل لقد أصبح ملك ابن أخيك الغداة عظيما والمستحب أن يدخل إلى دار الحرب بتعبية الحرب لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة فجعل خالد بن الوليد على إحدى المجنبتين وجعل الزبير على الأخرى وجعل أبا عبيدة على الساقة وبطن الوادي ولأن ذلك أحوط للحرب وأبلغ في إرهاب العدو .

(فصل) وإن كان العدو ممن لم تبلغهم الدعوة لم يجز قتالهم حتى يدعوهم إلى الإسلام لأنه لا يلزمهم الإسلام قبل العلم والدليل عليه قوله عز وجل وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ولا يجوز قتالهم على ما لا يلزمهم وإن بلغتهم الدعوة فالأحب أن يعرض عليهم الإسلام لما روى سهل بن سعد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلي كرم الله وجهه يوم خيبر إذا نزلت بساحتهم فادعهم إلى الإسلام وأخبرهم بما يجب عليهم فوالله لأن يهدي الله بهدك رجلا واحدا خير لك من حمر النعم وإن قاتلهم من غير أن يعرض عليهم الإسلام جاز لما روى نافع قال أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وروى وهم غافلون .

(فصل) فإن كانوا ممن لا يجوز إقرارهم على الكفر بالجزية قاتلهم إلى أن يسلموا لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وإن كانوا ممن يجوز إقرارهم على الكفر بالجزية قاتلهم إلى أن يسلموا أو يبذلوا الجزية والدليل عليه قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وروى بريدة رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث أميرا على جيش أو سرية قال إذا أنت لقيت عدوا من المشركين فادعهم إلى إحدى ثلاث خصال فأيتهن ما أجابوك إليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم إلى الدخول في الإسلام فإن أجابوك فاقبل

كانوا يحورون ثيابهم أي يبيضونها والتحوير التبييض . وقيل لأنهم كانوا قصارين وقيل لأن الحواري الناصر والصحيح أنه الخالص الذي من حورت الدقيق إذا أخلصته ونقيته من الحشو ويقال لنساء الحضر حواريات لبياضهن ونعمتهن (قوله في الكتيبة الخضراء) الكتيبة قطعة من الجيش من أربعمائة إلى ألف واشتقاقها من الكتب وهو الجمع والانضمام وقد ذكر وسميت خضراء لما يرى عليها من لون الحديد وخضرته وسواده والخضرة عند العرب السواد يقال دليل أخضر قاله ابن الأعرابي وأنشد :

ناق خبي خببا زورا وعارضي الليل إذا ما اخضرا

أي أسود (قوله ما لأحد بهؤلاء من قبل) أي طاقة قال الله تعالى فلنأتينهم بجنود لا قبل لهم بها (قوله إحدى المجنبتين) بكسر النون أي كتيبتين أخذتا الجانبين اليمين والشمال من جانبي الطريق ويقال المجنبة اليمنى والمجنبة اليسرى (قوله على الساقة) أي على آخر العسكر كأنهم يسوقون الذين قبلهم (قوله حمر النعم) خص الحمر دون غيرها لأنها عندهم خير المال والنعم هي الابل والأنعام الابل والبقر والغنم وقد سمي أيضا نعما قال الله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم (قوله أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون) أي غافلون على غير علم ولا حذر يقال رجل غر إذا لم يجرب الأمور بالكسر وفي الحديث المؤمن غر كريم الغرة الغفلة والغار الغافل . وسمي المصطلق لحسن صوته والصلق الصوت الشديد عن الأصمعي وفي الحديث ليس منا من صلق ولا حلق (قوله عصموا مني دماءهم وأموالهم) أي منعوا . والعصمة المنع يقال عصمه الطعام أي منعه من الجوع . لا عاصم اليوم من أمر الله إلا من رحم (قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) عن يد أي عن قوة وقهر : وقيل عن نعمة عليهم بترك القتل وقيل عن ذل وصغار . وصاغرون أذلاء . والصغار الذل . والأعراب من سكن البادية من العرب .

منهم وكف عنهم ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار الهجرة فإن فعلوا فأخبرهم أن لهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين فإن دخلوا فى الإسلام وأبوا أن يتحولوا إلى دار الهجرة فأخبرهم أنهم كأعراب المؤمنين الذين يجرى عليهم حكم الله تعالى ولا يكون لهم فى الفيء والغنيمة شيء حتى يجاهدوا مع المؤمنين فإن فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم وإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية فإن فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم وإن أبوا فاستعن بالله عليهم ثم قاتلهم ويستحب الاستنصار بالضعفاء لما روى أبو الدرداء رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ائتونى بضعفائكم فإنما تنصرون وترزقون بضعفائكم ويستحب أن يدعو عند التقاء الصفين لما روى أنس رضى الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا غزا قال اللهم أنت عضدى وأنت ناصرى وبك أقاتل وروى أبو موسى الأشعرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا خاف أمرا قال اللهم إنى أجعلك فى نحورهم وأعوذ بك من شرورهم ويستحب أن يحرض الجيش على القتال لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يا معشر الأنصار هذه أوباش قريش قد جمعت لكم إذا لقيتموهم غدا فاحصدوهم حصدا وروى سعد رضى الله عنه قال نثل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم كنانته يوم أحد وقال ارم فداك أبى وأمى ويستحب أن يكبر عند لقاء العدو لما روى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم غزا خيبر فلما رأى القرية قال الله أكبر خربت خيبر إنا إذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين قالها ثلاثا ولا يرفع الصوت بالتكبير لما روى أبو موسى الأشعرى قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة فأشرفوا على واد فجعل الناس يكبرون ويهللون الله أكبر الله أكبر يرفعون أصواتهم فقال يا أيها الناس إنكم لا تدعون أصم ولا غائبا إنما تدعون قريبا سميعا إنه معكم.

(فصل) وإذا التقى الزحفان ولم يزد عدد الكفار على مثلى عدد المسلمين ولم يخافوا الهلاك تعين عليهم فرض الجهاد لقوله عز وجل الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فإن يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين وإن يكن منكم ألف يغلبوا ألفين وهذا أمر بلفظ الخبر لأنه لو كان خبرا لم يقع الخبر بخلاف المخبر فدل على أنه أمر المائة بمصابرة المائتين وأمر الألف بمصابرة الألفين ولا يجوز لمن تعين عليه أن يولى إلا متحرفا لقتال وهو أن ينتقل من مكان إلى مكان أمكن للقتال أو متحيزا إلى فئة وهو أن ينضم إلى قوم ليعود معهم إلى القتال والدليل عليه قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ومن يولهم يومئذ دبره إلا متحرفا لقتال أو متحيزا إلى فئة فقد باء بغضب من الله وسواء كانت الفئة قريبة أو بعيدة والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه أنه كان فى سرية من سرايا رسول الله صلى الله عليه وسلم فحاص الناس حيصة عظيمة وكنت ممن حاص فلما برزنا قلت كيف نصنع وقد فررنا من الزحف وبؤنا بغضب ربنا فجلسنا

(قوله هذه أوباش قريش) الأوباش الجماعات والأخلاط من قبائل شتى ويقال أوشاب بتقديم الشين أيضا (قوله فاحصدوهم) أى استأصلوهم بالقتل وأصله من حصاد الزرع وهو قطعه قال الله تعالى «فجعلناهم حصيدا» (قوله نثل لى كنانته) أى صبها واستخرج ما فيها من النبل بمنزلة نثرها (قوله إنا إذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين) ساحة القوم هى العرصة التى يديرون أخبيتهم حولها وساء نقيض سر يقال ساءه يسوء سوءا بالفتح وساءه نقيض سره (قوله إذا لقيتم الذين كفروا زحفا) الزحف سير القوم إلى القوم فى الحرب يقال زحفوا وازدلفوا إذ تقاربوا ودنوا قليلا قليلا وقيل لبعض نساء العرب ما بال سكن رسحا فقال أرسحتنا نار الزحفين والرسحاء التى لا عجيزة لها: ومعنى نار الزحفين أن النار إذا اشتعلها رجعن عنها وتباعدن بجرأ عجازهن ولا يمشين إذا سكن لهبها وهن وهجا زحفن إليها وقربن منها (قوله متحرفا لقتال) تحرف وانحرف إذا مال مأخوذ من حرف الشيء وهو طرفه أى مال عن معظم القتال ووسط الصف إلى مكان أمكن له للكر والفر أو متحيزا يقال تحيز وانحاز وتحوز إذا انضم إلى غيره: والحيز الفريق. والفئة الجماعة مشتق من الفأو وهو القطع كأنها انقطعت عن غيرها والجمع فئات وفئون وقال الهروى من فأيت رأسه وفأوته إذا شققته فانفأء (قوله فقد باء بغضب من الله) أى لزمه الغضب ورجع به وقد ذكر (قوله فحاص الناس حيصة) أى حادوا عن القتال وانهزموا يقال حاص عن القتال يحيص حيصا إذا حاد عنه. وبؤنا بغضب ربنا أى انصرفنا وقد لزمنا الغضب: وتبوأ المنزل إذا لزمه وروى حاص بالحاء والصاد المهملتين ومعناه هربوا من قوله تعالى «ولا يجدون عنها محيصا» أى هربا ومفرا وقوله تعالى «ما لنا من محيص» أى مفر.

لرسول الله صلى الله عليه وسلم قبل صلاة الفجر فلما خرج قمنا وقلنا نحن الفرارون فقال لا بل أنتم العكارون فدنونا فقبلنا يده فقال إنا فئة المسلمين وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال أنا فئة كل مسلم وهو بالمدينة وجيوشه فى الآفاق. إن ولى غير متحرف لقتال أو متحيزا إلى فئة أثم وارتكب كبيرة والدليل عليه ماروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الكبائر سبع أولهن الشرك بالله وقتل النفس بغير حقها وأكل الربا وأكل مال اليتيم بدارا أن يكبروا وفرار يوم الزحف ورمى المحصنات وانقلاب إلى الأعراب فإن غلب على ظنهم أنهم إن ثبتوا لمثليهم هلكوا ففيه وجهان أحدهما أن لهم أن يولوا لقوله عز وجل ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة والثانى أنه ليس لهم أن يولوا وهو الصحيح لقوله عز وجل إذا لقيتم فئة فاثبتوا ولأن المجاهد إنما يقاتل ليقتل أو يقتل وإن زاد عدد الكفار على مثلى عدد المسلمين فلهم أن يولوا لأنه لما أوجب الله عز وجل على المائة مصابرة المائتين دل على أنه لا يجب عليهم مصابرة مازاد على المائتين وروى عطاء عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال من فر من اثنين فقد فر ومن فر من ثلاثة فلم يفر وإن غلب على ظنهم أنهم لا يهلكون فالأفضل أن يثبتوا حتى لا ينكسر المسلمون وإن غلب على ظنهم أنهم يهلكون ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمهم أن ينصرفوا لقوله عز وجل ولا تلقون بأيديكم إلى التهلكة والثانى أنه يستحب أن ينصرفوا ولا يلزمهم لأنهم إن قتلوا فازوا بالشهادة وإن لقى رجل من المسلمين رجلين من المشركين فى غير الحرب فإن طلباه ولم يطلبهما فله أن يولى عنهما لأنه غير متأهب للقتال وإن طلبهما ولم يطلباه ففيه وجهان أحدهما أن له أن يولى عنهما لأن فرض الجهاد فى الجماعة دون الانفراد والثانى أنه يحرم عليه أن يولى عنهما لأنه مجاهد لهما فلم يول عنهما كما لو كان مع جماعة.

(فصل) ويكره أن يقصد قتل ذى رحم محرم لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع أبا بكر رضى الله عنه من قتل ابنه فإن قتله لم يكره أن يقصد قتله كما لا يكره إذا قصد قتله وهو مسلم وإن سمعه يذكر الله عز وجل أو رسوله صلى الله عليه وسلم بسوء لم يكره أن يقتله لأن أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه قتل أباه وقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يسبك ولم ينكره عليه.

(فصل) ولا يجوز قتل نسائهم ولا صبيانهم إذا لم يقاتلوا لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والصبيان ولا يجوز قتل الخنثى المشكل لأنه يجوز أن يكون رجلا ويجوز أن يكون امرأة فلم يقتل مع الشك وإن قاتلوا جاز قتلهم لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم مر بامرأة مقتولة يوم حنين فقال من قتل هذه فقال رجل أنا يارسول الله غنمتها فأردفتها خلفى فلما رأت الهزيمة فينا أهوت إلى سيفى أو إلى قائم سيفى لتقتلنى فقتلتها فقال النبى صلى الله عليه وسلم ما بال النساء ماشأن قتل النساء ولو حرم ذلك لأنكره النبى صلى الله عليه وسلم ولأنه إذا جاز قتلهن إذا قصدن القتل وهن مسلمات فلأن يجوز قتلهن وهن كافرات أولى.

(فصل) وأما الشيخ الذى لا قتال فيه فإن كان له رأى فى الحرب جاز قتله لأن دريد بن الصمة كان شيخا كبيرا وكان له رأى فإنه أشار على هوازن يوم حنين ألا يخرجوا معهم بالذرارى فخالفه مالك بن عوف فخرج بهم فهزموا فقال دريد فى ذلك:

أمرتهم أمرى بمعرج اللوى ... فلم يستبينوا الرشد إلا ضحى الغد

وقتل ولم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم قتله ولأن الرأى فى الحرب أبلغ من القتال لأنه هو الأصل وعنه يصدر القتال ولهذا قال المتنبى

الرأى قبل شجاعة الشجعان ... هو أول وهى المحل الثانى

فإذا هما اجتمعا لنفس مرة ... بلغت من العلياء كل مكان

(قوله بل أنتم العكارون) هم الكرارون العطافون فى القتال يقال عكر يعكر عكرا إذا عطف والعكرة الكرة (قوله وانقلاب إلى الأعراب) لعله ترك الجمعة والجماعة والجهاد (قوله بمعرج اللوى) منعرج الوادى منعطفه يمنة ويسرة واللوى منقطع الرمل وهو الجدد بعد الرملة (قوله الرشد) ضد الغى شبيه بالصواب ضد الخطأ (قوله لنفس مرة) بضم الميم والخفض صفة لنفس أى قوى والمرة القوة وهو مضبوط فى ديوانه هكذا. وكذا رواه الكرمانى بالضم وسماعنا بفتح الميم والنصب.

ولربما طعن الفتى أقرانه بالرأى قبل تطاعن الفرسان

وإن لم يكن له رأى ففيه وفى الراهب قولان أحدهما أنه يقتل لقوله عز وجل «فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم» ولأنه ذكر مكلف حربى فجاز قتله بالكفر كالشاب والثانى أنه لا يقتل لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال ليزيد بن أبى سفيان وعمرو ابن العاص وشرحبيل بن حسنة لما بعثهم إلى الشام لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ وستجدون أقواماً حبسوا أنفسهم على الصوامع فدعوهم وما حبسوا له أنفسهم ولأنه لا نكاية له فى المسلمين فلم يقتل بالكفر الأصلى كالمرأة ؛

(فصل) ولا يقتل رسولهم لما روى أبو وائل قال لما قتل عبد الله بن مسعود بن النواحة قال إن هذا وابن أثال قد كانا أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم رسولين لمسيلمة فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أتشهدان أنى رسول الله قالا نشهد أن مسيلمة رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو كنت قاتلا رسولا لضربت أعناقكما فجرت سنة أن لا تقتل الرسل ؛

(فصل) فإن تترسوا بأطفالهم ونسائهم فإن كان فى حال التحام الحرب جاز رميهم ويتوقى الأطفال والنساء لأنا لو تركنا رميهم جعل ذلك طريقاً إلى تعطيل الجهاد وذريعة إلى الظفر بالمسلمين وإن كان فى غير حال الحرب ففيه قولان أحدهما أنه يجوز رميهم لأن ترك قتالهم يؤدى إلى تعطيل الجهاد والثانى أنه لا يجوز رميهم لأنه يؤدى إلى قتل أطفالهم ونسائهم من غير ضرورة وإن تترسوا بمن معهم من أسارى المسلمين فإن كان ذلك فى حال التحام الحرب جاز رميهم ويتوقى المسلم لما ذكرناه وإن كان فى غير حال التحام الحرب لم يجز رميهم قولا واحدا والفرق بينهم وبين أطفالهم ونسائهم أن المسلم محقون الدم لحرمة الدين فلم يجز قتله من غير ضرورة والأطفال والنساء حقن دمهم لأنهم غنيمة للمسلمين فجاز قتلهم من غير ضرورة وإن تترسوا بأهل الذمة أو بمن بيننا وبينهم أمان كان الحكم فيه كالحكم فيه إذا تترسوا بالمسلمين لأنه يحرم قتلهم كما يحرم قتل المسلمين ؛

(فصل) وإن نصب عليهم منجنيقاً أو بيتهم ليلا وفيهم نساء وأطفال جاز لما روى على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على أهل الطائف وإن كانت لا تخلو من النساء والأطفال وروى الصعب بن جثامة قال سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن الذرارى من المشركين يبيتون فيصاب من نسائهم وذراريهم فقال هم منهم ولأن الكفار لا يخلون من النساء والأطفال فلو تركنا رميهم لأجل النساء والأطفال بطل الجهاد وإن كان فيهم أسارى من المسلمين نظرت فإن خيف منهم أنهم إن تركوا قاتلوا وظفروا بالمسلمين جاز رميهم لأن حفظ من معنا من المسلمين أولى من حفظ من معهم وإن لم يخف منهم نظرت فإن كان الأسرى قليلا جاز رميهم لأن الظاهر أنه لا يصيبهم والأولى أن لا نرميهم لأنه ربما أصاب المسلمين وإن كانوا كثيرا لم يجز رميهم لأن الظاهر أنه يصيب المسلمين وذلك لا يجوز من غير ضرورة ؛

(فصل) ويجوز قتل ما يقاتلون عليه من الدواب لما روى أن حنظلة بن الراهب عقر بأبى سفيان فرسه فسقط عنه فجلس على صدره فجاء ابن شعوب فقال :

لأحمين صاحبى ونفسى بطعنة مثل شعاع الشمس

فقتل حنظلة واستنقذ أبا سفيان ولم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم فعل حنظلة ولأن بقتل الفرس يتوصل إلى قتل الفارس

(قوله أقرانه) جمع قرن بكسر القاف وهو الكفؤ فى الشجاعة يقال فلان قرن فلان أى نظيره وكفؤه عند القتال (قوله لا نكاية) النكاية أن يقتل ويخرج يقال نكيت فى العدو أنكى نكاية بغير همز إذا بالغت فيهم قتلا وجرحا أو جرحا وقد ذكر (قوله أو بيتهم ليلا) يقال بيت العدو إذا أوقع بهم ليلا والاسم البيات ومثله يبيتون (قوله الذرارى) هم الأطفال والصغار الذين لم يبلغوا الحلم وأصلها من ذرأ الله الخلق أى خلقهم فترك همزها استخفافا كما ترك همز البرية وأصلها من برأ الله الخلق ووزنها فعلية وقال بعضهم هى مأخوذة من الذر لأن الله أخرج الخلق من صلب آدم أمثال الذر وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى وقيل أصلها ذرووة على وزن فعاولة فأبدلت الواو الأخيرة ياء فاجتمعت الواو والياء وسكنت الأولى منهما فقلبت الواو ياء وأدغمت ؛

(فصل) وإن احتيج إلى تخريب منازلهم وقطع أشجارهم ليظفروا بهم جاز ذلك وإن لم يحتج إليه نظرت فان لم يغلب على الظن أنها تملك عليهم جاز فعله وتركه وإن غلب على الظن أنها تملك عليهم ففيه وجهان أحدهما لا يجوز لأنها تصير غنيمة فلا يجوز إتلافها والثانى أن الأولى أن لا يفعل فان فعل جاز لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرق على بنى النضير وقطع البويرة فأنزل الله عز وجل «ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزى الفاسقين» .

(فصل) ويجوز للمسلم أن يؤمن من الكفار آحادا لا يتعطل بأمانهم الجهاد فى ناحية كالواحد والعشرة والمائة وأهل القلعة لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال ما عندى شىء إلا كتاب الله عز وجل وهذه الصحيفة عن النبى صلى الله عليه وسلم أن ذمة المسلمين واحدة فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ويجوز للمرأة من ذلك ما يجوز للرجل لما روى ابن عباس رضى الله عنه عن أم هانىء رضى الله عنها أنها قالت يا رسول الله زعم ابن أمى أنه قاتل من أجرت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أجرت من أجرت يا أم هانىء ويجوز ذلك للعبد لما روى عبد الله ابن عمرو أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يجير على المسلمين أدناهم وروى فضل بن يزيد الرقاشى قال جهز عمر بن الخطاب رضى الله عنه جيشا كنت فيه فحصرنا قرية من قرى رام هرمز فكتب عبد منا أمانا فى صحيفة وشدها مع سهم ورمى به إليهم فأخذوها وخرجوا بأمانه فكتب بذلك إلى عمر رضى الله عنه فقال العبد المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم ولا يصح ذلك من صبى ولا مجنون ولا مكره لأنه عقد فلم يصح منهم كسائر العقود فان دخل مشرك على أمان واحد منهم فان عرف أن أمانه لا يصح حل قتله لأنه حربى ولا أمان له وإن لم يعرف أن أمانه لا يصح فلا يحل قتله إلى أن يرجع إلى مأمنه لأنه دخل على أمان ويصح الأمان بالقول وهو أن يقول أمنتك أو أجرتك أو أنت آمن أو مجار أو لا بأس عليك أو لا خوف عليك أو لا تخف أو مترس بالفارسية وما أشبه ذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم فتح مكة من دخل دار أبى سفيان فهو آمن وقال لأم هانىء قد أجرت من أجرت وقال أنس لعمر رضى الله عنه فى قصة هرمز أن ليس لك إلى قتله من سبيل قلت له تكلم لا بأس عليك فأمسك عمر وروى زر عن عبد الله أنه قال إن الله يعلم كل لسان فمن أتى منكم أعجميا وقال مترس فقد أمنه ويصح الأمان بالاشارة لما روى أبو سلمة قال قال عمر رضى الله عنه والذى نفس عمر بيده لو أن أحدكم أشار بأصبعه إلى مشرك ثم نزل إليه على ذلك ثم قتله لقتلته فإن أشار إليه بالأمان ثم قال لم أرد الأمان قبل قوله لأنه أعرف بما أراده ويعرف المشرك أنه لا أمان له ولا يتعرض له إلى أن يرجع إلى مأمنه لأنه دخل على أنه آمن وإن أمن مشركا فرد الأمان لم يصح الأمان لأنه إيجاب حق لغيره بعقد فلم يصح مع الرد كالايجاب فى البيع والهبة وإن أمن أسيرا لم يصح الأمان لأنه يبطل ما ثبت للامام فيه من الخيار بين القتل والاسترقاق والمن والفداء وإن قال كنت أمنته قبل الأسر لم يقبل قوله لأنه لا يملك عقد الأمان فى هذه الحال فلم يقبل إقراره به .

(فصل) وإن أسر امرأة حرة أو صبيا حرا رق بالأسر لأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم سبى بنى المصطلق واصطفى صفية من سبى خيبر وقسم سبى هوازن ثم استنزلته هوازن فنزل واستنزل الناس فنزلوا وان أسر حر بالغ من أهل القتال فللامام أن يختار ما يرى من القتل والاسترقاق والمن والفداء فان رأى القتل قتل لقوله عز وجل «فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم» ولأن النبى صلى الله عليه وسلم

(قوله وقطع البويرة) بغير همز اسم موضع وليس بتصغير بئر وقوله تعالى ما قطعتم من لينة اللين نوع من النخل قيل هو الدقل وقيل هو الجعرور ضربان رديان من التمر : واللينة النخلة الواحدة وأصلها لونة فقلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها وأصلها من اللون على هذا وهو قول العزيزى . قالوا ألوان النخل ما عدا البرنى والعجوة (قوله فمن أخفر مسلما) أى نقض عهده وذمته يقال أخفرت الرجل إذا نقضت عهده وخفرته بغير همز أجرته (قوله اصطفى صفية من سبى خيبر) أى اختارها مأخوذ من صفوة المال وهو خياره وسميت صفية لذلك وقيل كان ذلك اسمها من قبل أن تسبى (قوله استنزلته هوازن فنزل) يقال استنزل فلان أى حط عن منزلته فمعناه طلبوا منه أن ينحط عما ملكه : واستنزل الناس طلبهم أن يحطوا ويتركوا ما ملكوه من السبي ومثله استنزله من ثمن المبيع :

قتل يوم بدر ثلاثة من المشركين من قريش مطعم بن عدى والنضر بن الحارث وعقبة بن أبى معيط وقتل يوم أحد أبا عزة الجمحى وقتل يوم الفتح ابن خطل وإن رأى المن عليه جاز لقوله عز وجل فاما منا بعد وإما فداء ولأن النبى صلى الله عليه وسلم من على أبى عزة الجمحى ومن على ثمامة الحنفى ومن على أبى العاص بن الربيع وإن رأى أن يفادى بمال أو بمن أسر من المسلمين فادى به لقوله عز وجل فاما منا بعد وإما فداء وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم فادى أسيرا من عقيل برجلين من أصحابه أسرتهما ثقيف وإن رأى أن يسترقه فإن كان من غير العرب نظرت فإن كان ممن له كتاب أو شبه كتاب استرقه لما روى عن ابن عباس أنه قال فى قوله عز وجل ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض وذلك يوم بدر والمسلمون يومئذ قليل فلما كثروا واشتد سلطانهم أمر الله عز وجل فى الاسارى فاما منا بعد وإما فداء فجعل الله سبحانه وتعالى للنبى صلى الله عليه وسلم والمؤمنين فى أمر الأسارى بالخيار إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا استعبدوهم وإن شاءوا فادوهم فإن كان من عبدة الأوثان ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يجوز استرقاقه لأنه لا يجوز إقراره على الكفر بالجزية فلم يجز الاسترقاق كالمرتد والثانى أنه يجوز لما رويناه عن ابن عباس ولأن من جاز المن عليه فى الأسر جاز استرقاقه كأهل الكتاب وإن كان من العرب ففيه قولان قال فى الجديد يجوز استرقاقه والمفاداة به وهو الصحيح لأن من جاز المن عليه والمفاداة به من الأسارى جاز استرقاقه كغير العرب وقال فى القديم لا يجوز استرقاقه لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين لو كان الاسترقاق ثابتا على العرب لكان اليوم وإنما هو أسر وفداء فإن تزوج عربى بأمة فأتت منه بولد فعلى القول الجديد الولد مملوك وعلى القديم الولد حر ولا ولاء عليه لأنه حر من الأصل ؛

(فصل) ولا يختار الإمام فى الأسير من القتل والاسترقاق والمن والفداء إلا ما فيه الحظ للاسلام والمسلمين لأنه ينظر لهما فلا يفعل إلا ما فيه الحظ لهما فإن بذل الأسير الجزية وطلب أن تعقد له الذمة وهو ممن يجوز أن تعقد له الذمة ففيه وجهان أحدهما أنه يجب قبولها كما يجب إذا بذل وهو فى غير الأسر وهو ممن يجوز أن تعقد لمثله الذمة والثانى أنه لا يجب لأنه يسقط بذلك ما ثبت من اختيار القتل والاسترقاق والمن والفداء وإن قتله مسلم قبل أن يختار الامام ما يراه عزر القاتل لافتياته على الإمام ولا ضمان عليه لأنه حربى لا أمان له وإن أسلم حقن دمه لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها وهل يرق بالإسلام أو يبقى الخيار فيه بين الاسترقاق والمن والفداء فيه قولان أحدهما أنه يرق بنفس الاسلام ويسقط الخيار فى الباقى لأنه أسير لا يقتل فرق كالصبى والمرأة والثانى أنه لا يرق بل يبقى الخيار فى الباقى لما روى عمران بن الحصين رضى الله عنه أن الأسير العقيلى قال يا محمد إنى مسلم ثم فاداه برجلين ولأن ما ثبت الخيار فيه بين أشياء إذا سقط أحدها لم يسقط الخيار فى الباقى ككفارة اليمين إذا عجز فيها عن العتق فعلى هذا إذا اختار الفداء لم يجز أن يفادى به إلا أن يكون له عشيرة يأمن معهم على دينه ونفسه وإن أسر شيخ لا قتال فيه ولا رأى له فى الحرب فإن قلنا إنه يجوز قتله فهو كغيره فى الخيار بين القتل والاسترقاق والمن والفداء وإن قلنا لا يجوز قتله فهو كغيره إذا أسلم فى الأسر وقد بيناه ؛

(فصل) وإن رأى الامام القتل ضرب عنقه لقوله عز وجل فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب ولا يمثل به لما روى بريدة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميرا على جيش أو سرية قال اغزوا بسم الله قاتلوا من كفر بالله ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تغلوا ويكره حمل رأس من قتل من الكفار إلى بلاد المسلمين لما روى عقبة بن عامر أن شرحبيل بن حسنة وعمرو بن العاص بعثا بريدا إلى أبى بكر الصديق رضى الله عنه برأس بناق البطريق فقال أتحملون الجيف إلى مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت يا خليفة رسول الله إنهم يفعلون بنا هكذا قال لا تحملوا إلينا منهم شيئا وإن اختار استرقاقه كان للغانمين وإن فاداه بمال

(قوله لا تغدروا) لا تتركوا الوفاء بالذمة . ولا تمثلوا لا تجدعوا الأنف ولا تصلموا الأذن ونحوه . ولا تغلوا لا تخونوا تتخذوا اشياء من الغنيمة (قوله بعثا بريدا) أى رسولا وقد ذكر (قوله بناق البطريق) بتقديم الياء على النون والتشديد قال الصغانى فى التكملة ويخفف نونه أيضا وهو جد الحسن بن مسلم بن يناق من تابع التابعين . والبطريق عند الروم مثل الرئيس عند العرب وجمعه بطارقه ؛

كان للغانمين وإن أراد أن يسقط منهم شيئا من المال لم يجز إلا برضا الغانمين لما روى عروة بن الزبير أن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة أخبراه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءه وفد هوازن مسلمين فقال إن إخوانكم هؤلاء جاءونا تائبين وإنى قد رأيت أن أرد إليهم فمن أحب منكم أن يطيب ذلك فليفعل ومن أحب منكم أن يكون على حقه حتى نعطيه إياه من أول ما يفيء الله علينا فليفعل فقال الناس قد طيبنا لك يارسول الله قال الزهرى أخبرنى سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد ستة آلاف سبى من سبى هوازن من النساء والصبيان والرجال إلى هوازن حين أسلموا وإن أسر عبدا فرأى الإمام أن يمن عليه لم يجز إلا برضا الغانمين وإن رأى قتله لشره وقوته قتله وضمن قيمته للغانمين لأنه مال لهم .

(فصل) وإن دعا مشرك إلى المبارزة فالمستحب أن يبرز إليه مسلم لما روى أن عتبة وشيبة ابنى ربيعة والوليد بن عتبة دعوا إلى المبارزة فبرز إليهم حمزة بن عبد المطلب وعلى بن أبى طالب وعبيدة بن الحرث ولأنه إذا لم يبرز إليه أحد ضعفت قلوب المسلمين وقويت قلوب المشركين فإن بدأ المسلم ودعا إلى المبارزة لم يكره وقال أبو على بن أبى هريرة يكره لأنه ربما قتل وانكسرت قلوب المسلمين والصحيح أنه لا يكره لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن المبارزة بين الصفين فقال لا بأس ويستحب أن لا يبارز الأقوى فى الحرب لأنه إذا بارز ضعيف لم يؤمن أن يقتل فيضعف قلوب المسلمين وإن بارز ضعيف جاز ومن أصحابنا من قال لا يجوز لأن القصد من المبارزة إظهار القوة وذلك لا يحصل من مبارزة الضعيف والصحيح هو الأول لأن التغرير بالنفس يجوز فى الجهاد ولهذا يجوز للضعيف أن يجاهد كما يجوز للقوى والمستحب أن لا يبارز إلا بإذن الأمير ليكون ردءا له إذا احتاج فان بارز بغير إذنه جاز ومن أصحابنا من قال لا يجوز لأنه لا يؤمن أن يتم عليه ما ينكسر به الجيش والصحيح أنه يجوز لأن التغرير بالنفس فى الجهاد جائز وإن بارز مشرك مسلما نظرت فان بارز من غير شرط جاز لكل أحد أن يرميه لأنه حربى لا أمان له وإن شرط أن لا يقابله غير من برز إليه لم يجز رميه وفاء بشرطه فان ولى عنه مختارا أو مثخنا أو ولى عنه المسلم مختارا أو مثخنا جاز لكل أحد رميه لأنه شرط الأمان فى حال القتال وقد انقضى القتال فزال الأمان وإن استنجد المشرك أصحابه فى حال القتال فأنجدوه أو بدأ المشركون بمعاونته فلم يمنعهم جاز لكل أحد رميه لأنه نقض الأمان وإن أعانوه فمنعهم فلم يقبلوا منه فهو على أمانه لأنه لم ينقض الأمان ولا انقضى القتال وإن لم يشترط ولكن العادة فى المبارزة أن لا يقاتله غير من يبرز إليه فقد قال بعض أصحابنا إنه يستحب أن لا يرميه غيره وعندى أنه لا يجوز لغيره رميه وهو ظاهر النص لأن العادة كالشرط فإن شرط أن لا يقاتله غيره ولا يتعرض له إذا انقضى القتال حتى يرجع إلى موضعه وفى له بالشرط فان ولى عنه المسلم فتبعه ليقتله جاز لكل أحد أن يرميه لأنه نقض الشرط فسقط أمانه :

(فصل) وإن غرر بنفسه من له سهم فى قتل كافر مقبل على الحرب فقتله استحق سلبه لما روى أبو قتادة قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين فرأيت رجلا من المشركين علا رجلا من المسلمين فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته على حبل عاتقه فأقبل على فضمنى ضمة وجدت منها ريح الموت ثم أدركه الموت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه فقصصت عليه فقال رجل صدق يارسول الله وسلب ذلك الرجل عندى فأرضه فقال أبو بكر رضى الله عنه لاها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فأعطه إياه فأعطانى إياه

(قوله فمن أحب منكم أن يطيب) معناه من أحب أن يهب بطيب نفس منه : وطيبنا لك وهبنا لك عن طيب أنفسنا ومنه سبى طيبة بكسر الطاء وفتح الياء صحيح السباء لم يكن عن غدر ولا نقض عهد (قوله وإن دعا مشرك إلى المبارزة) أصل البروز الظهور فى البراز وهو المكان الفضاء الواسع وههنا ظهور المتحاربين بين الصفين لا يستتران بغيرهما من أهل الحرب قال الله تعالى «وترى الأرض بارزة» أى ظاهرة ليس فيها ظل ولا فيء (قوله مختارا أو مثخنا) أثخنته الجراحة إذا وهنته بألمها وأثخنه المرض اشتد عليه وقال الأزهرى أثخنه تركه وقيذا لا حراك به مجروحا وقوله تعالى حتى يثخن فى الأرض أى يكثر القتل والايقاع بالعدو : وقال الأزهرى يثخن يبالغ فى قتل أعدائه (قوله استنجد المشرك) أى استعان وأنجدته أعنته والنجدة الشجاعة أيضا يقال رجل نجد ونجد أى شجاع (قوله حبل عاتقه) قال الأزهرى حبل العاتق عرق يظهر على عاتق الرجل يتصل بحبل الوريد فى باطن العنق : قال وإنما سمى السلب سلبا لأن قاتله يسلبه فهو مسلوب وسليب

فبعث الدرع فابتعت به مخرفا فى بنى سلمة وإنه لأول مال تأثلته فى الاسلام فان كان ممن لاحق له فى الغنيمة كالمخذل والكافر إذا حضر من غير إذن لم يستحق لأنه لاحق له فى السهم الراتب فلأن لا يستحق السلب وهو غير راتب أولى فان كان ممن يرضخ له كالصبى والمرأة والكافر إذا حضر بالاذن ففيه وجهان أحدهما أنه لايستحق لما ذكرناه والثانى أنه يستحق لأن له حقا فى الغنيمة فأشبه من له سهم وإن لم يغرر بنفسه فى قتله بأن رماه من وراء الصف فقتله لم يستحق سلبه وإن قتله وهو غير مقبل على الحرب كالأسير والمثخن والمنهزم لم يستحق سلبه وقال أبو ثور كل مسلم قتل مشركا استحق سلبه لما روى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من قتل كافرا فله سلبه ولم يفصل وهذا لا يصح لأن ابن مسعود رضى الله عنه قتل أبا جهل وكان قد أثخنه غلامان من الأنصار فلم يدفع النبى صلى الله عليه وسلم سلبه إلى ابن مسعود وإن قتله وهو مول ليكر استحق السلب لأن الحرب كر وفر وإن اشترك اثنان فى القتل اشتركا فى السلب لاشتراكهما فى القتل وإن قطع أحدهما يديه أو رجليه وقتله الآخر ففيه قولان أحدهما أن السلب للأول لأنه عطله والثانى أن السلب للثانى لأنه هو الذى كف شره دون الأول لأن بعد قطع اليدين يمكنه أن يعدو أو يجلب وبعد قطع الرجلين يمكنه أن يقاتل إذا ركب وإن غرر من له سهم فأسر رجلا مقبلا على الحرب وسلمه إلى الإمام حيا ففيه قولان أحدهما لا يستحق سلبه لأنه لم يكف شره بالقتل والثانى أنه يستحق لأن تغريره بنفسه فى أسره ومنعه من القتال أبلغ من القتل وإن من عليه الامام أو قتله استحق الذى أسره سلبه وإن استرقه أو فاداه بمال ففى رقبته وفى المال المفادى به قولان أحدهما أنه للذى أسره والثانى أنه لا يكون له لأنه مال حصل بسبب تغريره فكان فيه قولان كالسلب .

(فصل) والسلب ما كان يده عليه من جنة الحرب كالثياب التى يقاتل فيها والسلاح الذى يقاتل به والمركوب الذى يقاتل عليه فأما مالا يده عليه كخيمته وما فى رحله من السلاح والكراع فلا يستحق سلبه لأنه ليس من السلب وأما ما فى يده مما لا يقاتل به كالطوق والمنطقة والسوار والخاتم وما فى وسطه من النفقة ففيه قولان أحدهما أنه ليس من السلب لأنه ليس من جنة الحرب والثانى أنه من السلب لأن يده عليه فهو كجنة الحرب ولا يخمس السلب لما روى عوف بن مالك وخالد بن الوليد رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى السلب للقاتل ولم يخمس السلب .

(فصل) وإن حاصر قلعة ونزل أهلها على حكم حاكم جاز لأن بنى قريظة نزلوا على حكم سعد بن معاذ فحكم بقتل رجالهم وسبى نسائهم وذراريهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد حكمت فيهم بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة ويجب أن يكون الحاكم حرا مسلما ذكرا بالغا عاقلا عدلا عالما لأنه ولاية حكم فشرط فيها هذه الصفات كولاية القضاء ويجوز أن يكون أعمى لأن الذى يقتضى الحكم هو الذى يشتهر من حالهم وذلك يدرك بالسماع فصح من الأعمى كالشهادة فيما طريقه الاستفاضة ويكره أن يكون الحاكم حسن الرأى فيهم لميله إليهم ويجوز حكمه لأنه عدل فى الدين وإن نزلوا على حكم حاكم يختاره الامام جاز لأنه لا يختار الامام إلا من يجوز حكمه وإن نزلوا على حكم من يختارونه لم يجز إلا أن يشترط أن يكون الحاكم على الصفات التى ذكرناها وإن نزلوا على حكم اثنين جاز لأنه تحكيم فى مصلحة طريقها الرأى فجاز أن يجعل إلى اثنين كالتحكيم فى اختيار الامام وإن نزلوا على حكم من لا يجوز أن يكون حاكما أو على حكم من يجوز أن يكون حاكما فمات أو على حكم اثنين فماتا أو مات أحدهما وجب ردهم

كما يقال خبطت الشجر ونفضته والورق المخبوط خبط ونفض (قوله فابتعت به مخرفا فى بنى سلمة) المخرف بالفتح البستان وفى الحديث عائد المريض فى مخرف من مخارف الجنة حتى يرجع . يقال خرف التمر واخترفه إذا جناه . واشتقاقه من الخريف وهو الفصل المعروف من السنة لأن إدراكه يكون فيه (قوله أثلته) التأثل اتخاذ أصل المال . ومجد مؤثل أى أصيل وفى الحديث فى وصى اليتيم فليأكل غير متأثل مالا . وأصله من الأثلة التى هى الشجرة . قال امرؤ القيس :

ولكنما أسعى لمجد مؤثل وقد يدرك المجد المؤثل أمثالى

(قوله يرضخ له) الرضخ أن يعطيه أقل من سهم المقاتل والرضخ العطاء القليل (قوله يعدو أو يجلب) الجلبة رفع الصوت جلب وأجلب إذا صوت (قوله جنة الحرب) هو ما يستره ويمنعه من وصول السلاح وكلما استتر به فهو جنة (قوله من فوق سبعة أرقعة) الرقيع سماء الدنيا وكذلك سائر السموات وهى طباقها لأن كل سماء رقعة التى تليها كما يرقع الثوب بالرقعة وجاء به على التذكير كأنه ذهب به إلى السقف . والزبير بن باطا بفتح الزاى وكسر الباء

إلى القلعة لأنهم نزلوا على أمان فلا يجوز أخذهم إلا برضاهم ولا يحكم الحاكم إلا بما فيه مصلحة للمسلمين من القتل والاسترقاق والمن والفداء وإن حكم بعقد الذمة وأخذ الجزية ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز إلا برضاهم لأنه عقد معاوضة فلا يجوز من غير رضاهم والثاني يجوز لأنهم نزلوا على حكمه وإن حكم أن من أسلم منهم استرق ومن أقام على الكفر قتل جاز وإن حكم بذلك ثم أراد أن يسترق من حكم بقتله لم يجز لأنه لم ينزل على هذا الشرط وإن حكم عليهم بالقتل ثم رأى هو أو الإمام أن يمن عليهم جاز لأن سعد بن معاذ رضي الله عنه حكم بقتل رجال بني قريظة فسأل ثابت الأنصاري رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يهب له الزبير بن باطا اليهودي ففعل فإن حكم باسترقاقهم لم يجز أن يمن عليهم إلا برضا الغانمين لأنهم صاروا مالا لهم :

(فصل) ومن أسلم من الكفار قبل الأسر عصم دمه وماله لما روى عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها فإن كانت له منفعة بإجارة لم تملك عليه لأنها كالمال وإن كانت له زوجة جاز استرقاقها على المنصوص ومن أصحابنا من قال لا يجوز كما لا يجوز أن يملك ماله ومنفعته وهذا خطأ لأن منفعة البضع ليست بمال ولا تجرى مجرى المال ولهذا لا يضمن بالغصب بخلاف المال والمنفعة وإن كان له ولد صغير لم يجز استرقاقه لأن النبي صلى الله عليه وسلم حاصر بني قريظة فأسلم ابنا شعية فأحرزا بإسلامهما أموالهما وأولادهما ولأنه مسلم فلم يجز استرقاقه كالأب وإن كان حمل من حربية لم يجز استرقاقه لأنه محكوم بإسلامه فلم يسترق كالولد وهل يجوز استرقاق الحامل فيه وجهان أحدهما لا يجوز لأنه إذا لم يسترق الحمل لم يسترق الحامل ألا ترى أنه لما لم يجز بيع الحر لم يجز بيع الحامل به والثاني أنه يجوز لأنها حربية لا أمان لها :

(فصل) وإن أسلم رجل وله ولد صغير تبعه الولد في الاسلام لقوله عز وجل والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بإيمان ألحقنا بهم ذريتهم وإن أسلمت امرأة ولها ولد صغير تبعها في الاسلام لأنها أحد الأبوين فتبعها الولد في الاسلام كالأب وإن أسلم أحدهما والولد حمل تبعه في الاسلام لأنه لا يصح إسلامه بنفسه فتبع المسلم منهما كالولد وإن أسلم أحد الأبوين دون الآخر تبع الولد المسلم منهما لأن الاسلام أعلى فكان إلحاقه بالمسلم منهما أولى وإن لم يسلم واحد منهما فالولد كافر لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه فإن بلغ وهو مجنون فأسلم أحد أبويه تبعه في الاسلام لأنه لا يصح إسلامه بنفسه فتبع الأبوين في الاسلام كالطفل وإن بلغ عاقلا ثم جن ثم أسلم أحد أبويه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يتبعه لأنه زال حكم الاتباع ببلوغه عاقلا فلا يعود إليه والثاني أنه يتبعه وهو المذهب لأنه لا يصح إسلامه بنفسه فتبع أبويه في الاسلام كالطفل :

(فصل) وإن سبى المسلم صبيا فإن كان معه أحد أبويه كان كافرا لما ذكرناه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وإن سبي وحده ففيه وجهان أحدهما إنه باق على حكم كفره ولا يتبع السابي في الاسلام وهو ظاهر المذهب لأن يد السابي يد ملك فلا توجب إسلامه كيد المشتري والثاني أنه يتبعه لأنه لا يصح إسلامه بنفسه ولا معه من يتبعه في كفره فجعل تابعا للسابي لأنه كالأب في حضانته وكفالته فتبعه في الاسلام :

(فصل) وإن وصف الاسلام صبي عاقل من أولاد الكفار لم يصح إسلامه على ظاهر المذهب لما روى علي كرم الله وجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم ولأنه غير مكلف فلم يصح إسلامه بنفسه كالمجنون فعلى هذا يحال بينه وبين أهله من الكفار إلى أن يبلغ لأنه إذا ترك معهم خدعوه وزهدوه في الاسلام فإن بلغ ووصف الاسلام حكم بإسلامه وإن وصف الكفر هدد وضرب وطولب بالاسلام وإن أقام على الكفر رد إلى أهله من الكفار ومن أصحابنا من قال يصح إسلامه لأنه يصح صومه وصلاته فصح إسلامه كالبالغ .

(فصل) وإن سبيت امرأة ومعها ولد صغير لم يجز التفريق بينهما وقد بيناه في البيع وإن سبي رجل ومعه ولد صغير ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز التفريق بينهما لأنه أحد الأبوين فلم يفرق بينه وبين الولد الصغير كالأم والثاني أنه يجوز أن يفرق بينهما لأن الأب لابد أن يفارقه في الحضانة لأنه لا يتولى حضانته بنفسه وإنما يتولاها غيره فلم يحرم التفريق بينهما بخلاف الأم

(قوله ابنا شعية) بالشين المعجمة المفتوحة والياء باثنتين من تحت (قوله زهدوه) أي قللوا رغبته فيه :

فإنها لاتفارقه فى الحضانة فإنه إذا فرق بينهما ولهت بمفارقته فحرم التفريق بينهما :

(فصل) وإن سبى الزوجان أو أحدهما انفسخ النكاح لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال أصبنا نساء يوم أوطاس فكرهوا أن يقعوا عليهن فأنزل الله تعالى والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم فاستحللناهن قال الشافعى رحمه الله سبى رسول الله صلى الله عليه وسلم أوطاس وبنى المصطلق وقسم الفىء وأمر أن لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض ولم يسأل عن ذات زوج ولا غيرها وإن كان الزوجان مملوكين فسبيا أو أحدهما فلا نص فيه والذى يقتضيه قياس المذهب أن لا ينفسخ النكاح لأنه لم يحدث بالسبى رق وإنما حدث انتقال الملك فلم ينفسخ النكاح كما لو انتقل الملك فيهما بالبيع ومن أصحابنا من قال ينفسخ النكاح لأنه حدث سبى يوجب الاسترقاق وإن صادف رقا كما أن الزنا يوجب الحد وإن صادف حدا :

(فصل) إذا دخل الجيش دار الحرب فأصابوا ما يؤكل من طعام أو فاكهة أو حلاوة واحتاجوا إليه جاز لهم أكله من غير ضمان لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال كنا نصيب من المغازى العسل والفاكهة فنأكله ولا نرفعه وسئل ابن أبى أوفى عن طعام خيبر فقال كان الرجل يأخذ منه قدر حاجته ولأن الحاجة تدعو إلى ما يؤكل ولا يوجد من يشترى منه مع قيام الحرب فجاز لهم الأكل وهل يجوز لهم الأكل من غير حاجة فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه لا يجوز كما لا يجوز فى غير دار الحرب أكل مال الغير بغير إذنه من غير حاجة والثانى أنه يجوز وهو ظاهر المذهب وهو قول أكثر أصحابنا لما روى عبد الله بن مغفل رضى الله عنه قال دلى جراب من شحم يوم خيبر فأتيته فالتزمته ثم قلت لا أعطى من هذا أحدا اليوم شيئا فالتفت فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم إلى ولو لم يجز أكل ما زاد على الحاجة لنهاه عن منع ما زاد على الحاجة ويخالف طعام الغير بأن ذلك لا يجوز أكله من غير ضرورة وهذا يجوز أكله من غير ضرورة قطعا وطعام الغير يأكله بعوض وهذا يأكله بغير عوض فجاز أن يأكله من غير حاجة ولا يجوز لأحد منهم أن يبيع شيئا منه لأن حاجته إلى الأكل دون البيع وإن باع شيئا منه نظرت فإن باعه من بعض الغانمين وسلمه إليه صار المشترى أحق به لأنه من الغانمين وقد حصل فى يده ما يجوز له أخذه للأكل فكان أحق به فإن رده إلى البائع صار البائع أحق به لما ذكرناه فى المشترى وإن باعه من غير الغانمين وسلمه إليه وجب على المشترى رده إلى الغنيمة لأنه ابتاعه ممن لا يملك بيعه وليس هو من الغانمين فيمسكه لحقه فوجب رده إلى الغنيمة .

(فصل) ويجوز أن يعلف منه المركوب وما يحمل عليه رحله من البهائم لأن حاجته إليه كحاجته ولا يدهن منه شعره ولا شعر البهائم لأنه لا حاجة به إليه ولا يعلف منه ما معه من الجوارح كالصقر والفهد لأنه لا حاجة به إليه وإن خرج إلى دار الاسلام ومعه بقية من الطعام ففيه قولان أحدهما أنه لا يلزمه ردها فى المغنم لأنه مال اختص به من الغنيمة فلا يجب رده فيها كالسلب والثانى أنه يجب ردها لأنه إنما أجيز أخذه فى دار الحرب للحاجة ولا حاجة إليه فى دار الاسلام ومن قال إن كان كثيرا وجب رده قولا واحدا وإن كان قليلا فعلى القولين والصحيح هو الأول ولا يجوز تناول ما يصاب من الأدوية من غير حاجة وإن دعت الحاجة إليه جاز تناوله ويجب ضمانه لأنه ليس من الأطعمة التى يحتاج إليها فى العادة ولا يجوز له لبس ما يصاب من الثياب لما روى رويفع بن ثابت الأنصارى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فىء المسلمين حتى إذا أعجفها ردها فيه ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوبا من فىء المسلمين حتى إذا أخلقه رده فيه ولأنه لا يحتاج إليه فى العادة فإن لبسه لزمته أجرته لأنه كالغاصب :

(فصل) ويجوز ذبح ما يؤكل للأكل ومن أصحابنا من قال لا يجوز والمذهب الأول لأنه مما يؤكل فى العادة فهو كسائر الطعام ولا يجوز أن يعمل من أهبها حذاء ولا سقاء ولا دلاء ولا فراء فإن اتخذ منه شيئا من ذلك وجب رده فى المغنم وإن زادت بالصنعة قيمته لم يكن له فى الزيادة حق وإن نقص لزمه أرش ما نقص لأنه كالغاصب .

(فصل) وإن أصابوا كتبا فيها كفر لم يجز تركها على حالها لأن قراءتها والنظر فيها معصية وإن أصابوا التوراة والانجيل لم يجز تركها على حالها لأنه لا حرمة لها لأنها مبدلة فإن أمكن الانتفاع بما كتب عليه إذا غسل كالجلود غسل وقسم مع الغنيمة وإن لم يمكن الانتفاع به إذا غسل كالورق مزق ولا يحرق لأنه إذا حرق لم يكن له قيمة فإذا مزق كانت له قيمة فلا يجوز إتلافه على الغانمين :

(قوله ولهت) أى حزنت لفقده . والوله ذهاب العقل من الحزن .

(فصل) وإذا أصابوا خمرا وجب إراقتها كما يجب إذا أصيبت فى يد مسلم فان أصابوا خنزيرا فقد قال فى سير الواقدى يقتل إن كان به عدو فمن أصحابنا من قال إن كان فيه عدو قتل لما فيه من الضرر وإن لم يكن فيه عدو لم يقتل لأنه لاضرر فيه ومنهم من قال يجب قتله بكل حال لأنه يحرم الانتفاع به فوجب إتلافه كالخمر وإن أصابوا كلبا فان كان عقورا قتل لما فيه من الضرر وإن كان فيه منفعة دفع إلى من ينتفع به من الغانمين أو من أهل الخمس وإن لم يكن فيهم من يحتاج إليه خلى لأن اقتناءه لغير حاجة محرم وقد بيناه فى البيوع :

(فصل) وإن أصابوا مباحا لم يملكه الكفار كالصيد والحجر والحشيش والشجر فهو لمن أخذه كما لو وجده فى دار الاسلام وإن وجد ما يمكن أن يكون للمسلمين ويمكن أن يكون للكفار كالسيف والقوس عرف سنة ، فان لم يوجد صاحبه فهو غنيمة :

(فصل) وإن فتحت أرض عنوة وأصيب فيها موات فان لم يمنع الكفار عنها فهو لمن أحياه كموات دار الاسلام وإن منعوا عنها كان للغانمين لأنه يثبت لهم بالمنع عنها حق التملك فانتقل ذلك الحق إلى الغانمين كما لو تحجروا مواتا للإحياء ثم صارت الدار للمسلمين وإن فتحت صلحا على أن تكون الأرض لهم لم يجز للمسلمين أن يملكوا فيها مواتا بالإحياء لأن الدار لهم فلم يملك المسلم فيها بالإحياء :

(فصل) وما أصاب المسلمون من مال الكفار وخيف أن يرجع إليهم ينظر فيه فان كان غير الحيوان أتلف حتى لا ينتفعوا به ويتقووا به على المسلمين وإن كان حيوانا لم يجز إتلافه من غير ضرورة لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل عصفورا فما فوقه بغير حقها سأله الله تعالى عن قتلها قيل يا رسول الله وما حقها قال أن تذبحها فتأكلها ولا تقطع رأسها فترمى بها وإن دعت إلى قتله ضرورة بأن كان الكفار لا خيل لهم وما أصابه المسلمون خيل وخيف أن يأخذوه ويقاتلونا عليه جاز قتله لأنه إذا لم يقتل أخذه الكفار وقاتلوا به المسلمين :

(فصل) إذا سرق بعض الغانمين نصابا من الغنيمة فان كان قبل إخراج الخمس لم يقطع لمعنيين أحدهما أن له حقا فى خمسها والثانى أن له حقا فى أربعة أخماسها وإن سرق بعد إخراج الخمس نظرت فان سرق من الخمس لم يقطع لأن له حقا فيه وإن سرق من أربعة أخماسها نظرت فان سرق قدر حقه أو دونه لم يقطع لأن له فى ذلك القدر شبهة وإن كان أكثر من حقه ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لأنه لاشبهة له فى سرقة النصاب والثانى أنه لا يقطع لأن حقه شائع فى الجميع فلم يقطع فيه وإن كان السارق من غير الغانمين نظرت فان كان قبل إخراج الخمس لم يقطع لأن له حقا فى خمسها وإن كان بعد إخراج الخمس فان سرق من الخمس لم يقطع لأن فيه حقا وإن سرق ذلك من أربعة أخماسها فان كان فى الغانمين من للسارق شبهة فى ماله كالأب والابن لم يقطع لأن له شبهة فيما سرق وإن لم يكن له فيهم من له شبهة فى ماله قطع لأنه لاشبهة له فيما سرق :

(فصل) وإن وطىء بعض الغانمين جارية من الغنيمة لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور يجب وهذا خطأ لأن له فيها شبهة وهو حق التملك ويجب عليه المهر لأنه وطء يسقط فيه الحد على الموطوءة للشبهة فوجب المهر على الواطىء كالوطء فى النكاح الفاسد وإن أحبلها ثبت النسب للولد وينعقد الولد حرا للشبهة وهل تقسم الجارية فى الغنيمة أو تقوم على الواطىء فيه طريقان من أصحابنا من قال إن قلنا إنه إذا ملكها صارت أم ولد قومت عليه وإن قلنا إنها لاتصير أم ولد له لم تقوم عليه وقال أبو إسحاق تقوم على القولين لأنه لا يجوز قسمتها كما لا يجوز بيعها ولا يجوز تأخير القسمة لأن فيه إضرارا بالغانمين فوجب أن تقوم وإن وضعت فهل تلزمه قيمة الولد ينظر فيه فان كان قد قومت عليه لم تلزمه لأنها تضع فى ملكه وإن لم تكن قومت عليه لزمه قيمة الولد لأنها وضعته فى غير ملكه :

(فصل) ومن قتل فى دار الحرب قتلا يوجب القصاص أو أتى بمعصية توجب الحد وجب عليه ما يجب فى دار الاسلام لأنه لا تختلف الداران فى تحريم الفعل فلم تختلفا فيما يجب به من العقوبة :

(قوله وإن فتحت أرض عنوة) أى قهرا مأخوذ من العانى وهو الأسير المقهور الذليل ، قال الله تعالى وعنت الوجوه للحى القيوم أى ذلت وخضعت . وسمى الأسير أسيرا لأنه يوسر أى يشد بالقد ثم كثر حتى سمى كل أخيذ أسيرا وإن لم يشد

(فصل) وإن تجسس رجل من المسلمين للكفار لم يقتل لما روى عن على كرم الله وجهه قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا والزبير والمقداد وقال انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ فإن بها ظعينة معها كتاب فخذوه منها فانطلقنا حتى أتينا الروضة فإذا بالظعينة فقلنا أخرجى الكتاب فأخرجته من عقاصها فأتينا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا فيه من حاطب بن أبى بلتعة رضى الله عنه إلى أناس بمكة يخبرهم ببعض أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا حاطب ما هذا قال يا رسول الله لا تعجل على إنى كنت امرأ ملصقا فأحببت أن أتخذ عندهم يدا يحمون بها قرابتى ولم أفعل ذلك ارتدادا عن دينى ولا أرضى الكفر بعد الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما إنه قد صدق فقال عمر دعنى يا رسول الله أضرب عنق هذا المنافق فقال إنه قد شهد بدرا فقال سفيان بن عيينة فأنزل الله «يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء» وقرأ سفيان إلى قوله «فقد ضل سواء السبيل» .

(فصل) إذا أخذ المشركون مال المسلمين بالقهر لم تملكوه وإذا استرجع منهم وجب رده إلى صاحبه لقوله صلى الله عليه وسلم «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه قال أغار المشركون على سرح رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهبوا به وذهبوا بالعضباء وأسروا امرأة من المسلمين فركبتها وجعلت لله عليها إن نجاها الله لتنحرنها فقدمت المدينة وأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بئس ما جزيتها لا وفاء لنذر فى معصية الله عز وجل ولا فيما لا يملكه ابن آدم فإن لم يعلم به حتى قسم دفع إلى من وقع فى سهمه العوض من خمس الخمس ورد المال إلى صاحبه لأنه يشق نقض القسمة .

(فصل) وإن أسر الكفار مسلما وأطلقوه من غير شرط فله أن يغتالهم فى النفس والمال لأنهم كفار لا أمان لهم وإن

(قوله فإن فيها ظعينة) الظعينة المرأة فى الهودج وأصل الظعينة هو الهودج ثم سميت المرأة ظعينة لكونها فيه مأخوذ من الظعن وهو الارتحال ، قال الله تعالى «يوم ظعنكم ويوم إقامتكم» وقال بعضهم لا يقال للمرأة ظعينة إلا إذا كانت فى الهودج (قوله فأخرجته من عقاصها) عقص الشعر ليه وضفره على الرأس ومنه سميت الشاة الملتوية القرن عقصاء : والعقاص جمع عقصة مثل رهمة ورهام قال امرؤ القيس * يضل العقاص فى مثنى ومرسل * (قوله كنت امرأ ملصقا) الملصق بالقوم والملتصق المنضم إليهم وليس منهم (قوله يدا) أراد صنيعة منهم يمنعون بها قرابتى قال :

تكن لك فى قومى يد يشكرونها وأيدى الندى فى الصالحين قروض

(قوله دعنى أضرب عنق هذا المنافق) قد ذكرنا أن المنافق الذى يظهر الإيمان ويستر الكفر ، وفى اشتقاقه ثلاثة أوجه أحدها أنه مشتق من النفق وهو السرب من قوله تعالى «فإن استطعت أن تبتغى نفقا فى الأرض» فشبه بالذى يدخل النفق ويستتر به والثانى أنه مشتق من نافقاء اليربوع وهو جحره لأن له جحرا يسمى النافقاء وآخر يقال له القاصعاء فإذا طلب من النافقاء قصع فخرج من القاصعاء وإن طلب من القاصعاء نفق فخرج من النافقاء : وكذلك المنافق يدخل فى الكفر ويخرج من الإسلام مراآة للكفار ويخرج من الكفر ويدخل فى الإسلام مراآة للمسلمين : والثالث أنه مشتق من النافقاء بمعنى آخر وذلك أنه يحفر فى الأرض حتى إذا كاد أن يبلغ ظاهرها أرق التراب فإذا خاف خرق الأرض وبقى فى ظاهره تراب وظاهر جحره تراب وباطنه حفر والمنافق باطنه كفر وظاهره إيمان . ولليربوع أربعة أجحرة الراهطاء والنافقاء والقاصعاء والدأماء (قوله عدوى وعدوكم) قال الهروى العداوة تباعد القلوب والنيات وقال ابن الأنبارى لأنه يعدو بالمكروه والظلم ويقال عدا عليه عدوا إذا ظلمه قال الله تعالى «فيسبوا الله عدوا بغير علم» أى ظلما والعدو يقع على الواحد والاثنين والجمع والمذكر والمؤنث بلفظ واحد قال الله تعالى «فإنهم عدو لى» وقال «وهم لكم عدو» وقال الشاعر :

إذا أنا لم أنفع خليلى بوده فإن عدوى لن يضرهم بغضى

وقد يجمع فيقال أعداء قال الله تعالى «فلا تشمت بى الأعداء» (قوله ذهبوا بالعضباء) العضب القطع فى الأذن يقال بعير أعضب وناقة عضباء ، وهو هنا اسم علم لها لا لأجل أنها مقطوعة (قوله أن يغتالهم) غاله واغتاله إذا أخذه من حيث لم يدر وقال الأزهرى

أطلقوه على أنه فى أمان ولم يستأمنوه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه لاأمان لهم لأنهم لم يستأمنوه والثانى وهو ظاهر المذهب أنهم فى أمانه لأنهم جعلوه فى أمان نوجب أن يكونوا منه فى أمان وان كان محبوسا فأطلقوه واستحلفوه أنه لايرجع إلى دار الإسلام لم يلزمه حكم اليمين ولا كفارة عليه إذا حلف لأن ظاهره الاكراه فإن ابتدأ وحلف أنه إن أطلق لم يخرج إلى دار الاسلام ففيه وجهان أحدهما أنها يمين إكراه فإن خرج لم تلزمه كفارة لأنه لم يقدر على الخروج إلا باليمين فأشبه إذا حلفوه على ذلك والثانى أنه يمين اختيار فإن خرج لزمته الكفارة لأنه بدأبها من غير إكراه وإن أطلق ليخرج إلى دار الاسلام وشرط عليه أن يعود إليهم أو يحمل لهم مالالم يلزمه العود لأن مقامه فى دار الحرب لايجوز ولايلزمه بالشرط ماضمن من المال لأنه ضمان من مال بغير حق والمستحب أن يحمل لهم ماضمن ليكون ذلك طريقا إلى إطلاق الأسرى *

(باب الأنفال)

يجوز لأمير الجيش أن ينفل لمن فعل فعلا يفضى إلى الظفر بالعدو كالتجسيس والدلالة على طريق أوقلعة أوالتقدم بالدخول إلى دار الحرب أوالرجوع إليها بعدخروج الجيش منها لماروى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل فى البدأة الربع وفى القفول الثلث وتقدير النفل إلى رأى أمير الجيش لأنه بذل لمصلحة الحرب فكان تقديره إلى رأى الأمير ويكون ذلك على قدر العمل لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى البدأة الربع وفى القفول الثلث لأن التغرير فى القفول أعظم لأنه يدخل إلى دار الحرب والعدو منه على حذر وفى البدأة يدخل والعدو منه على غير حذر ويجوز شرط النفل من بيت مال المسلمين ويجوز شرطه من المال الذى يؤخذ من المشركين فإن جعل فى بيت مال المسلمين كان ذلك من خمس الخمس لماروى سعيد بن المسيب قال كان الناس يعطون النفل من الخمس ولأنه مال يصرف فى مصلحة فكان من خمس الخمس ولايجوز أن يكون مجهولا لأنه عوض فى عقد لاتدعو الحاجة فيه إلى الجهل به فلم يجز أن يكون مجهولا كالجعل فى رد الآبق وإن كان النفل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولا لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى البدأة الربع وفى القفول الثلث وذلك جزء من غنيمة مجهولة *

الحيلة هو أن يخدع بالشىء حتى يسير إلى موضع كمن له فيه الرجال فيقتل *

(ومن باب الأنفال)

الانفال جمع نفل بالتحريك وبسكونها الغنيمة قال لبيد * إن تقوى ربنا خير نفل * وأصله العطية بغير وجوب على المعطى ومنه قيل لصلاة التطوع نافلة وقيل أصله الزيادة لأنها زائدة على الفرائض ولأن الغنيمة زادها الله هذه الأمة فى الحلال ومنه قوله تعالى: ووهبنا له إسحاق ويعقوب نافلة أى زيادة على إسحاق ويسمى ولد الولد نافلة لأنه زيادة على الولد وقوله تعالى ويسألونك عن الأنفال إنما كان سؤالهم عنها لأنها كانت حراما على من قبلهم كانت تنزل نار من السماء فتحرقها فأحلها الله لهم * والغنيمة أصلها الربح والفضل ومنه الحديث فى الراهن له غنمه أى ربحه وفضله : والفىء أصله فى اللغة الرجوع يقال فاء إلى كذا أى رجع إليه والمعنى أنه مال ورجع إلى المسلمين ورد. ومنه قيل للظل فىء لأنه يرجع من جانب إلى جانب (قوله لأمير الجيش) سمى الأمير لأن أصحابه يفزعون فى أمرهم إلى مؤامرته أى مشاورته وقيل سمى أميرا لنفاذ أمره وقيل إنه مشتق من أمر بكسر الميم أى كثر لأنه فى نفسه وإن كان وحده كثير * وقد فسر قوله تعالى أمرنا مترفيها أى كثرناهم (قوله كان ينفل فى البدأة الربع وفى الرجعة الثلث) وفى بعضها القفول البدأة السرية التى ينفذها الإمام أول مايدخل بلاد العدو وأراد بالبدأة ابتداء السفر يعنى فى الغزو يقال أكثر للبدأة بكذا وللرجعة بكذا وقيل الرجعة التى ينفذها بعد رجوع الأولى وقيل البدأة التى ينفذها وقت دخوله والرجعة التى ينفذها بعد رجوعه من بلاد العدو والقفول هو الرجوع : يقال قفل من الحج ومن الغزو إذا رجع منه ولايقال للرفقة فى السفر قافلة إلا إذا كانوا راجعين إلى بلادهم ولايقال ذلك فى ذهابهم وهو مما تغلط فيه العامة قال الجوهرى القلعة الحصن على الجبل * ومرج القلعة بالتحريك موضع *

(فصل) وإن قال الأمير من دلني على القلعة الفلانية فله منها جارية فدله عليها رجل نظرت فإن لم تفتح القلعة لم يجب للدليل شيء ومن أصحابنا من قال يرضخ له لدلالته والمذهب الأول لأنه لما جعل له الجارية من القلعة صار تقديره من دلني على القلعة وفتحت كانت له منها جارية لأنه لا يقدر على تسليم الجارية إلا بالفتح فلم يستحق من غير الفتح شيئا وإن فتحت عنوة ولم تكن فيها جارية لم يستحق شيئا لأنه شرط معدوم وإن كانت فيها جارية سلمت إليه ولا حق فيها للغانمين ولا لأهل الخمس لأنه استحقها بسبب سابق للفتح وإن أسلمت الجارية قبل القدرة عليها لم يستحقها لأن إسلامها يمنع من استرقاقها ويجب له قيمتها لأن النبي صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة على أن يرد إليهم من جاء من المسلمات فمنعه الله عز وجل من ردهن وأمره أن يرد مهورهن وإن أسلمت بعد القدرة عليها فان كان الدليل مسلما سلمت إليه وإن كان كافرا فإن قلنا إن الكافر يملك العبد المسلم بالشراء استحقها ثم أجبر على إزالة الملك عنها وإن قلنا إنه لا يملك دفع إليه قيمتها وإن أسلم الدليل بعد ذلك لم يستحقها لأنه أسلم بعد ما انتقل حقه إلى قيمتها وإن فتحت والجارية قد ماتت ففيه قولان أحدهما أن له قيمتها لأنه تعذر تسليمها فوجب قيمتها كما لو أسلمت والثاني أنه لا يجب له قيمتها لأنه غير مقدور عليها فلم يجب قيمتها كما لو لم تكن فيها جارية وإن فتحت صلحا نظرت فإن لم تدخل الجارية في الصلح كان الحكم فيها كالحكم إذا فتحت عنوة وإن دخلت في الصلح ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق إن الجارية للدليل وشرطها في الصلح لا يصح كما لو زوجت امرأة من رجل ثم زوجت من آخر والثاني أن شرطها في الصلح صحيح لأن الدليل لو عفا عنها أمضينا الصلح فيها ولو كان فاسدا لم يمض إلا بعقد مجدد فعلى هذا إن رضي الدليل بغيرها من جواري القلعة أو رضي بقيمتها أمضينا الصلح وإن لم يرض ورضي أهل القلعة بتسليمها فكذلك وإن امتنع أهل القلعة من دفع الجارية وامتنع الدليل من الانتقال إلى البدل ردوا إلى القلعة وقد زال الصلح لأنه اجتمع أمران متنافيان وتعذر الجمع بينهما وحق الدليل سابق ففسخ الصلح ولصاحب القلعة أن يحصن القلعة كما كانت من غير زيادة وإن فتحت بعد ذلك عنوة كانت الجارية للدليل وإن لم تفتح لم يكن له شيء :

(فصل) إذا قال الأمير قبل الحرب من أخذ شيئا فهو له فقد أومأ فيه إلى قولين أحدهما أن الشرط صحيح لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر من أخذ شيئا فهو له والثاني وهو الصحيح أنه لا يصح الشرط لأنه جزء من الغنيمة شرطه لمن لا يستحقه من غير شرط فلا يستحقه بالشرط كما لو شرطه لغير الغانمين والخبر ورد في غنائم بدر وكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يضعها حيث شاء :

(باب قسم الغنيمة)

والغنيمة ما أخذ من الكفار بإيجاف الخيل والركاب فإن كان فيها سلب للقاتل أو مال لمسلم سلم إليه لأنه استحقه قبل الاغتنام ثم يدفع منها أجرة النقال والحافظ لأنه لمصلحة الغنيمة فقدم ثم يقسم الباقي على خمسة أخماس خمس لأهل الخمس ثم يقسم أربعة أخماسها بين الغانمين لقوله عز وجل واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل فأضاف الغنيمة إلى الغانمين ثم جعل الخمس لأهل الخمس فدل على أن الباقي للغانمين والمستحب أن يقسم ذلك في دار الحرب ويكره تأخيرها إلى دار الاسلام من غير عذر لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء قريب من بدر وقسم غنائم بني المصطلق على مياههم وقسم غنائم حنين بأوطاس وهو واد من أودية حنين فإن كان الجيش رجالة سوى بينهم وإن كانوا فرسانا سوى بينهم وإن كان بعضهم فرسانا وبعضهم رجالة جعل للراجل سهما وللفارس ثلاثة أسهم لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم للرجل سهم وللفرس سهمان ولا يفضل من قاتل على من لم يقاتل لأن من لم يقاتل كالمقاتل في إرهاب العدو ولأنه أرصد نفسه للقتال ولا يسهم لمركوب غير الخيل لأنه لا يلحق بالخيل في التأثير في الحرب من الكر والفر فلم يلحق بها في السهم ويسهم للفرس العتيق وهو الذي أبواه

(قوله بإيجاف الخيل والركاب) قيل وجيفها سرعتها في سيرها وقد أرجفها راكبها . وقوله تعالى «قلوب يومئذ واجفة» أي شديدة الاضطراب وإنما سمي الوجيف في السير لشدة هزه واضطرابه ذكره العزيزي : وقال الجوهري هو ضرب من سير الابل والخيل يقال وجف البعير يجف وجفا ووجيفا وأوجفته أنا ويقال أوجف فاتجف .

عربيان والبرذون وهو الذى أبواه عجميان وللمقرف وهو الذى أمه عربية وأبوه عجمي وللهجين وهو الذى أبوه عربي وأمه عجمية لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل معقود فى نواصيها الخير إلى يوم القيامة ولأنه حيوان يسهم له فلم يختلف سهمه باختلاف أبويه كالرجل وإن حضر بفرس حطم أو صرع أو أعجف فقد قال فى الأم قيل لايسهم له وقيل يسهم له فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما أنه لايسهم له لأنه لايغنى غناء الخيل فلم يسهم له كالبغل والثانى يسهم له لأن ضعفه لايسقط سهمه كضعف الرجل وقال أبو إسحاق إن أمكن القتال عليه أسهم له وإن لم يمكن القتال عليه لم يسهم له لأن الفرس يراد للقتال عليه وهذا أقيس والأول أشبه بالنص ولا يسهم للرجل لأكثر من فرس لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن الزبير حضر يوم حنين بأفراس فلم يسهم له النبي صلى الله عليه وسلم إلا لفرس واحد ولأنه لايقاتل إلا على فرس واحد فلا يسهم لأكثر منه وإن حضر بفرس والقتال فى الماء أو على حصن استحق سهمه لأنه أرهب بفرسه فاستحق سهمه كما لو حضر به القتال ولم يقاتل ولأنه قد يحتاج إليه إذا خرجوا من الماء والحصن.

(فصل) فإن غصب فرسا وحضر به الحرب استحق للفرس سهمين لأنه حصل به الإرهاب وفى مستحقه وجهان أحدهما أنه له والثانى أنه لصاحب الفرس بناء على القولين فى ربح الدراهم المغصوبة أحدهما أنه للغاصب والثانى أنه للمغصوب منه وإن استعار فرسا أو استأجره للقتال فحضر به الحرب استحق به السهم لأنه ملك القتال عليه وإن حضر دار الحرب بفرس وانقضت الحرب ولا فرس معه بأن نفق أو باعه أو أجره أو أعاره أو غصب منه لم يسهم له وإن دخل دار الحرب راجلا ثم ملك فرسا أو استعاره وحضر به الحرب استحق السهم لأن استحقاق المقاتل بالحضور فكذلك الاستحقاق بالفرس وإن حضر بفرس وعار الفرس إلى أن انقضت الحرب لم يسهم له ومن أصحابنا من قال يسهم له لأنه خرج من يده بغير اختياره والمذهب الأول لأن خروجه من يده يسقط السهم وإن كان بغير اختياره كما يسقط سهم الراجل إذا ضل عن الوقعة وإن كان بغير اختياره.

(فصل) ومن حضر الحرب وهو مريض فإن كان مرضا يقدر معه على القتال كالسعال ونفور الطحال والحمى الخفيفة أسهم له لأنه من أهل القتال ولأن الإنسان لايخلو من مثله فلا يسقط سهمه لأجله وإن كان لايقدر على القتال لم يسهم له لأنه ليس من أهل القتال فلم يسهم له كالمجنون والطفل.

(فصل) ولاحق فى الغنيمة لمخذل ولا لمن يرجف بالمسلمين ولا لكافر حضر بغير إذن لأنه لامصلحة للمسلمين فى حضورهم ويرضخ للصبي والمرأة والعبد والمشرك إذا حضر بالإذن ولم يسهم لهم لما روى عمير قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم وأنا عبد مملوك فلما فتح الله على نبيه خيبر قلت يارسول الله سهمى فلم يضرب لى بسهم وأعطانى سيفا فتقلدته وكنت أخط بنعله فى الأرض وأمر لى من خرثى المتاع وروى يزيد بن هرمز أن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأله هل كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بالنساء وهل كان يضرب لهن بسهم فكتب إليه ابن عباس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة وأما سهم فلم يضرب لهن بسهم

(قوله فان حضر بفرس حطم أو صرع أو أعجف) الحطم المنكسر فى نفسه يقال للفرس إذا انهدم لطول عمره حطم ويقال حطمت الدابة أى أسنت. والصرع بالتحريك الضعيف: والأعجف المهزول (قوله لايغنى غناء الخيل) أى لايكفى كفايتها والغناء بالفتح والمد الكفاية (قوله إن نفق أو باعه) نفقت الدابة تنفق نفوقا أى ماتت (قوله فان عار فرسه) أى ذهب على وجهه وأفلت من يده ويقال سمى العير عيرا لتفلته ومنه قيل للغلام الذى خلع عذاره وذهب حيث شاء عيار وفرس عيار ومعيار إذا كان مضمرا: ونفور الطحال هو ورمه قال أبو عبيد إنما هو من نفور الشيء من الشيء وهو تجافيه عنه وتباعده وقوله المخذل قد ذكر (قوله لمن يرجف بالمسلمين) أى يخوفهم ويفزعهم من قوله تعالى «يوم ترجف الراجفة» يعنى يوم الفزع والخوف وأصله حركة الأرض واضطرابها وأما الإرجاف فهو واحد أراجيف الأخبار ومعناه التخويف والرعب وقد ذكروا رجفوا فى الشيء إذا خاضوا فيه (قوله ويرضخ للصبي) قد ذكرنا أنه العطاء ليس بالكثير دون سهام المقاتلين وأصله مأخوذ من الشيء المرضوخ وهو المرضوض المشدوخ (قوله من خرثى المتاع) الخرثى متاع البيت وأسقاطه. ونعل السيف يكون فى أسفله من حديد أو غيره (قوله يحذين من الغنيمة) قال الجوهرى حذيته من الغنيمة إذا أعطيته منها. والاسم الحذيا على فعلى بالضم وهى القسمة من الغنيمة وكذلك الحذيا والحذية والحذوة كله العطية

(فصل) وتقدير الرضخ إلى اجتهاد أمير الجيش ولا يبلغ به سهم راجل لأنه تابع لمن له سهم فنقص عنه كالحكومة لا يبلغ بها أرش العضو ومن أين يرضخ لهم فيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يرضخ لهم من أصل الغنيمة لأنهم أعوان المجاهدين فجعل حقهم من أصل الغنيمة كالنقال والحافظ والثاني أنه من أربعة أخماس الغنيمة لأنهم من المجاهدين فكان حقهم من أربعة أخماس الغنيمة والثالث أنه من خمس الخمس لأنهم من أهل المصالح فكان حقهم من سهم المصالح.

(فصل) وإن حضر أجير في إجارة مقدرة بالزمان ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يرضخ له مع الأجرة لأن منفعته مستحقة لغيره فرضخ له كالعبد والثاني أنه يسهم له مع الأجرة لأن الأجرة تجب بالتمكين والسهم بالحضور وقد وجد الجميع والثالث أنه يخير بين السهم والأجرة فإن اختار الأجرة رضخ له مع الأجرة وإن اختار السهم أسهم له وسقطت الأجرة لأن المنفعة الواحدة لا يستحق بها حقان واختلف قوله في تجار الجيش فقال في أحد القولين يسهم لهم لأنهم شهدوا الوقعة والثاني أنه لا يسهم لهم لأنهم لم يحضروا للقتال واختلف أصحابنا في موضع القولين فمنهم من قال القولان إذا حضروا ولم يقاتلوا وأما إذا حضروا فقاتلوا فإنه يسهم لهم قولا واحدا ومنهم من قال القولان إذا قاتلوا فأما إذا لم يقاتلوا فإنه لا يسهم لهم قولا واحدا.

(فصل) وإذا لحق بالجيش مدد أو أفلت أسير ولحق بهم نظرت فإن كان قبل انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة أسهم لهم لقول عمر رضي الله عنه الغنيمة لمن شهد الوقعة وإن كان بعد انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة لم يسهم لهم لأنهم حضروا بعد ما صارت الغنيمة للغانمين وإن كان بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة الغنيمة ففيه قولان أحدهما أنه لا يسهم لهم لأنهم لم يشهدوا الوقعة والثاني أنه يسهم لهم لأنهم حضروا قبل أن يملك الغانمون.

(فصل) وإن خرج أمير في جيش وأنفذ سرية من الجيش إلى الجهة التي يقصدها أو إلى غيرها فغنمت السرية شاركهم الجيش وإن غنم الجيش شاركتهم السرية لأن النبي صلى الله عليه وسلم حين هزم هوازن بحنين أسرى قبل أوطاس سرية وغنمت فقسم غنائمهم بين الجميع وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلمون يد على من سواهم يسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وترد سراياهم على قاعدهم ولأن الجميع جيش واحد فلم يختص بعضهم بالغنيمة وإن أنفذ سريتين إلى جهة واحدة من طريق أو طريقين اشترك الجيش والسريتان فيما يغنم كل واحد منهم لأن الجميع جيش واحد وإن أنفذ سريتين إلى جهتين شارك السريتان الجيش فيما يغنمه وشارك الجيش السريتين فيما يغنمان وهل تشارك كل واحدة من السريتين السرية الأخرى فيما تغنمه فيه وجهان أحدهما أنها لا تشارك لأن الجيش أصل السريتين وليست إحدى السريتين أصلا للأخرى والثاني وهو الصحيح أنها تشارك لأنهما من جيش واحد وإن أنفذ الأمير سرية من الجيش وأقام هو مع الجيش فغنمت السرية لم يشاركها الجيش المقيم مع الأمير لأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث السرايا من المدينة فلم يشاركهم أهل المدينة فيما غنموا ولأن الغنيمة للمجاهدين والجيش مقيم مع الأمير ما جاهدوا فلم يشارك السرية فيما غنمت والله أعلم.

(باب قسم الخمس)

ويقسم الخمس على خمسة أسهم سهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل والدليل عليه قوله عز وجل «واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل» فأما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه يصرف في مصالح المسلمين والدليل عليه ما روى جبير بن مطعم رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

(قوله وإن لحق بالجيش مدد) المدد الزيادة المتصلة وأمددنا القوم أي صرنا مددا لهم. وقد ذكرنا السرية أنها قطعة من الجيش قال القتيبي أصلها من السرى وهو سير الليل وكانت تخفي خروجها لئلا ينتشر الخبر فيكتب به العيون، فيقال سرت سرية أي سارت ليلا: وقال في البيان بل يختارهم الأمير من السري وهو الجودة كأنه يختار خيار الخيل وأبطال الرجال (قوله والمسلمون يد على من سواهم) قال الهروي يقال للقوم هم يد على الآخرين أي هم قادرون عليهم. ويحتمل أن يكون من اليد التي هي الجماعة يقال هم عليه يد أي مجتمعون لا يسعهم التخاذل بل يعاون بعضهم بعضا على جميع أهل الأديان والملل (قوله يسعى بذمتهم أدناهم) الذمة ههنا الأمان ويسمى المعاهد ذميا لأنه أعطى الأمان على ذمة: وقال في الفائق أدناهم العبد من الدناءة وهي الخساسة وأقصاهم أبعدهم من القصاء وهو البعد وهذا يدل على أن أدناهم أقربهم بلدا من العدو

حين صدر من خيبر تناول بيده نبذة من الأرض أو وبرة من بعيره وقال والذى نفسى بيده مالى مما أفاء الله إلا الخمس والخمس مردود عليكم فجعله لجميع المسلمين ولا يمكن صرفه إلى جميع المسلمين إلا بأن يصرف فى مصالحهم وأهم المصالح سد الثغور لأنه يحفظ به الاسلام والمسلمين ثم الأهم فالأهم :

(فصل) وأما سهم ذوى القربى فهو لمن ينتسب إلى هاشم والمطلب ابنى عبد مناف لما روى جبير بن مطعم رضى الله عنه قال لما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى بين بنى هاشم وبنى المطلب جئت أنا وعثمان فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم لمكانك الذى وضعك الله فيهم أرأيت إخواننا من بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا وإنما نحن وإياهم منك بمنزلة واحدة قال إنهم لم يفارقونى فى جاهلية ولا إسلام وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد ثم شبك بين أصابعه ويسوى فيه بين الأغنياء والفقراء لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى منه العباس وكان موسرا يعول عامة بنى عبد المطلب ولأنه حق يستحق بالقرابة بالشرع فاستوى فيه الغنى والفقير كالميراث ويشترك فيه الرجال والنساء لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أسهم لأم الزبير فى ذوى القربى ولأنه حق يستحق بالقرابة بالشرع فاستوى فيه الذكر والأنثى كالميراث ويجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وقال المزنى وأبو ثور يسوى بين الذكر والأنثى لأنه مال يستحق باسم القرابة فلا يفضل الذكر فيه على الأنثى كالمال المستحق بالوصية للقرابة وهذا خطأ لأنه مال خطأ لأنه مال يستحق بقرابة الأب بالشرع ففضل الذكر فيه على الأنثى كميراث ولد الأب ويدفع ذلك إلى القاضى منهم والدانى وقال أبو إسحاق يدفع ما فى كل إقليم إلى من فيه منهم لأنه يشق نقله من إقليم إلى إقليم والمذهب الأول لقوله عز وجل ولذى القربى فعم ولم يخص ولأنه حق مستحق بالقرابة فاستوى فيه القاضى والدانى كالميراث :

(فصل) وأما سهم اليتامى فهو لكل صغير فقير لا أب له فأما من له أب فلا حق له فيه لأن اليتيم هو الذى لا أب له وليس لبالغ فيه حق لأنه لا يسمى بعد البلوغ يتيما والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم وليس للغنى فيه حق ومن أصحابنا من قال للغنى فيه حق لأن اليتيم هو الذى لا أب له غنيا كان أو فقيرا والمذهب الأول لأن غناه بالمال أكثر من غناه بالأب فإذا لم يكن لمن له أب فيه حق فلأن لا يكون لمن له مال أولى :

(فصل) وأما سهم المساكين فهو لكل محتاج من الفقراء والمساكين لأنه إذا أفرد المساكين تناول الفريقين :

(فصل) وأما سهم ابن السبيل فهو لكل مسافر أو مريدا لسفر فى غير معصية وهو محتاج على ما ذكرناه فى الزكاة .

(فصل) ولا يدفع شيء من الخمس إلى كافر لأنه عطية من الله تعالى فلم يكن للكافر فيها حق كالزكاة ولأنه مال مستحق على الكافر بكفره فلم يجز أن يستحقه الكافر وبالله التوفيق :

(باب قسم الفيء)

الفيء هو المال الذى يؤخذ من الكفار من غير قتال وهو ضربان أحدهما ما انجلوا عنه خوفا من المسلمين أو بذلوه للكف عنهم فهذا يخمس ويصرف خمسه إلى من يصرف إليه خمس الغنيمة والدليل عليه قوله عز وجل ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والثانى ما أخذ من غير خوف كالجزية وعشور تجاراتهم ومال من مات منهم فى دار الإسلام ولا وارث له ففى تخميسه قولان قال فى القديم لا يخمس لأنه مال أخذ من غير خوف فلم يخمس كالمال المأخوذ بالبيع والشراء وقال فى الجديد يخمس وهو الصحيح للآية ولأنه مال مأخوذ من الكفار بحق الكفر لا يختص بها بعض المسلمين فوجب تخميسه كالمال الذى انجلوا عنه وأما أربعة أخماسه فقد كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فى حياته والدليل عليه

(قوله نبذة من الأرض) النبذة الشيء اليسير يقال فى رأسه نبذ من الشيب وأصاب الأرض نبذ من مطر أى شيء يسير (قوله سد الثغور) الثغر موضع المخافة : وقال الأزهرى أصل الثغر الهدم والكسر يقال ثغرت الجدار إذا هدمته : وقيل للموضع الذى تخاف منه العدو ثغر لانثلامه وإمكان دخول العدو منه وقيل النصيب سهم لأنه يعلم عليه بالسهام (قوله بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد) بالشين المعجمة وهو المثل وقد ذكر فى الزكاة (قوله انجلوا عنه) أى هربوا يقال جلا القوم عن منازلهم إذا هربوا قال الله تعالى « ولولا أن كتب الله عليهم الجلاء » .

قوله عز وجل «ما آفاء الله على رسوله من آهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل» ولا ينتقل ما ملكه إلى ورثته لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا تقتسم ورثتى دينارا ولا درهما ما تركته بعد نفقة نسائى ومؤنة عاملى فإنه صدقة وروى مالك بن أوس بن الحدثان رضى الله عنه عن عمر رضى الله عنه أنه قال لعثمان وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف أنشدكم بالله أيها الرهط هل سمعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنا لا نورث ما تركنا صدقة إن الأنبياء لا تورث فقال القوم بلى قد سمعناه ثم أقبل على على وعباس فقال أنشدكما بالله هل سمعتما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما تركناه صدقة إن الأنبياء لا تورث فقالا نعم أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود واختلف قول الشافعى رضى الله عنه فيما يحصل من مال الفىء بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فى أحد القولين يصرف فى المصالح لأنه مال راتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم فصرف بعد موته فى المصالح كخمس الخمس فعلى هذا يبدأ بالأهم وهو سد الثغور وأرزاق المقاتلة ثم الأهم فالأهم وقال فى القول الثانى هو للمقاتلة لأن ذلك كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما كان فيه من حفظ الإسلام والمسلمين ولما كان له فى قلوب الكفار من الرعب وقد صار ذلك بعد موته فى المقاتلة فوجب أن يصرف إليهم .

(فصل) وينبغى للامام أن يضع ديوانا يثبت فيه أسماء المقاتلة وقدر أرزاقهم لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قدمت على عمر رضى الله عنه من عند أبى موسى الأشعرى بثمانمائة ألف درهم فلما صلى الصبح اجتمع إليه نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهم قد جاء للناس مال لم يأتهم مثله منذ كان الإسلام أشيروا على بمن أبدأ منهم فقالوا بك يا أمير المؤمنين إنك ولى ذلك قال لا ولكن أبدأ برسول الله صلى الله عليه وسلم ثم الأقرب فالأقرب إليه فوضع الديوان على ذلك ويستحب أن يجعل على كل طائفة عريفا لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل عام خيبر على كل عشرة عريفا ولأن فى ذلك مصلحة وهو أن يقوم التعريف بأمورهم ويجمعهم فى وقت العطاء وفى وقت الغزو ويجعل العطاء فى كل عام مرة أو مرتين ولا يجعل فى كل شهر ولا فى كل أسبوع لأن ذلك يشغلهم عن الجهاد .

(فصل) ويستحب أن يبدأ بقريش لقوله صلى الله عليه وسلم قدموا قريشا ولا تقدموها ولأن النبى صلى الله عليه وسلم منهم فإنه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصى بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤى بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر ابن كنانة واختلف الناس فى قريش فمنهم من قال كل من ينتسب إلى فهر بن مالك فهو من قريش ومنهم من قال كل من ينتسب إلى النضر بن كنانة فهو من قريش ويقدم من قريش بنى هاشم لأنهم أقرب قبائل قريش إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويضم إليهم بنو المطلب لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شىء واحد وشبك بين أصابعه» وعن عمر رضى الله عنه أنه قال حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم فإذا كان السن فى الهاشمى قدمه على المطلبى وإذا كان فى المطلبى قدمه على الهاشمى ثم يعطى بنى عبد شمس وبنى نوفل ابنى عبد مناف ويقدم بنى عبد شمس على بنى نوفل لأن عبد شمس أقرب إليه لأنه أخو هاشم من أبيه وأمه ونوفل أخوه من أبيه وأنشد آدم بن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز :

يا أمين الله إنى قائل ... قول ذى بر ودين وحسب
عبد شمس لا تهنها إنما ... عبد شمس عم عبد المطلب
عبد شمس كان يتلو هاشما ... وهما بعد لأم ولأب

ثم يعطى بنى عبد العزى وبنى عبد الدار ويقدم عبد العزى على عبد الدار لأن فيهم أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن خديجة بنت

(قوله ومؤنة عاملى) أى مؤنة خليفتى والعامل هو الذى يتولى أمور الرجل فى ماله وملكه وعمله ومنه قيل للذى يستخرج الزكاة عامل والذى يأخذه العامل من الأجرة يقال له عمالة بالضم (قوله أنشدكم بالله) أى أسألكم بالله وأقسم عليكم (قوله فى قلوب الكفار من الرعب) أى الخوف يقال رعبته فهو مرعوب إذا أفزعته ولا يقال أرعبته ومنه الحديث نصرت بالرعب (قوله يضع ديوانا) أى كتابا يجمع فيه أسماء الجند وأصله دوان فعوض من أحد الواوين ياء لأنه يجمع على دواوين ولو كانت الواو أصلية لقيل دياوين بل يقال دونت دواوين (قوله لؤى) تصغير لأى وهو ثور الوحش سمى به الرجل (قوله قول ذى بر ودين وحسب) البر فعل الخير والحسب كرم الآباء والأجداد (قوله يتلو هاشما) أى يتبعه فى كرمه وفخره وسائر مناقبه .

خويلد منهم ولأن فيهم من حلف المطيبين وحلف الفضول وهما حلفان كانا من قوم من قريش اجتمعوا فيهما على نصر المظلوم ومنع الظالم وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال شهدت حلف الفضول ولو دعيت إليه لأجبت وعلى هذا يعطى الأقرب فالأقرب حتى تنقضي قريش فان استوى اثنان في القرب قدم أسنهما لما رويناه من حديث عمر في بني هاشم وبني المطلب فان استويا في السن قدم أقدمهما هجرة وسابقة فاذا انقضت قريش قدم الأنصارى على سائر العرب لما لهم من السابقة والآثار الحميدة في الإسلام ثم يقسم على سائر العرب ثم يعطى العجم ولا يقدم بعضهم على بعض إلا بالسن والسابقة دون النسب

(فصل) ويقسم بينهم على قدر كفايتهم لأنهم كفوا المسلمين أمر الجهاد فوجب أن يكفوا أمر النفقة ويتعاهد الامام في وقت العطاء عدد عيالهم لأنه قد يزيد وينقص ويتعرف الأسعار وما يحتاجون إليه من الطعام والكسوة لأنه قد يغلو ويرخص ليكون عطيتهم على قدر حاجتهم ولا يفضل من سبق إلى الاسلام أو إلى الهجرة على غيره لأن الاستحقاق بالجهاد وقد تساووا في الجهاد فلم يفضل بعضهم على بعض كالغانمين في الغنيمة .

(فصل) ولا يعطى من الفيء صبي ولا مجنون ولا عبد ولا امرأة ولا ضعيف لا يقدر على القتال لأن الفيء للمجاهدين وليس هؤلاء من أهل الجهاد وإن مرض مجاهد فان كان مرضا يرجى زواله أعطى لأن الناس لا يخلون من عارض مرض وإن كان مرضا لا يرجى زواله سقط حقه من الفيء لأنه خرج عن أن يكون من المجاهدين وإن مات المجاهد وله ولد صغير أو زوجة ففيه قولان أحدهما أنه لا يعطى ولده ولا زوجته من الفيء شيئا لأن ما كان يصل إليهما على سبيل التبع لمن يعولهما وقد زال الأصل وانقطع التبع والثاني أنه يعطى الولد إلى أن يبلغ وتعطى الزوجة إلى أن تتزوج لأن في ذلك مصلحة فإن المجاهد إذا علم أنه يعطى عياله بعد موته توفر على الجهاد وإذا علم أنه لا يعطى اشتغل بالكسب لعياله وتعطل الجهاد فإذا قلنا بهذا فبلغ الولد فان كان لا يصلح للقتال كالأعمى والزمن أعطى الكفاية كما كان يعطى قبل البلوغ وإن كان يصلح للقتال وأراد الجهاد فرض له وإن لم يرد الجهاد لم يكن له في الفيء حق لأنه صار من أهل الكسب وإن تزوجت الزوجة سقط حقها من الفيء لأنها استغنت بالزوج وإن دخل وقت العطاء فمات المجاهد انتقل حقه إلى ورثته لأنه مات بعد الاستحقاق فانتقل حقه إلى الوارث .

(فصل) وإن كان في الفيء أراض كان خمسها لأهل الخمس فأما أربعة أخماسها فقد قال الشافعي رحمه الله تكون وقفا فمن أصحابنا من قال هذا على القول الذي يقول إنه للمصالح فإن المصلحة في الأراضي أن تكون وقفا لأنها تبقى فتصرف غلتها في المصالح وأما إذا قلنا إنها للمقاتلة فإنه يجب قسمتها بين أهل الفيء لأنها صارت لهم فوجبت قسمتها بينهم كأربعة أخماس الغنيمة ومن أصحابنا من قال تكون وقفا على القولين فإن قلنا إنها للمصالح صرفت غلتها في المصالح وإن قلنا إنها للمقاتلة صرفت غلتها في مصالحهم لأن الاجتهاد في مال الفيء إلى الامام ولهذا يجوز أن يفضل بعضهم على بعض ويخالف الغنيمة فإنه ليس للإمام فيها الاجتهاد ولهذا لا يجوز أن يفضل بعض الغانمين على بعض وبالله التوفيق .

(قوله حلف المطيبين وحلف الفضول) هما حلفان كانا في الجاهلية من قريش . وسموا المطيبين لأن عاتكة بنت عبد المطلب عملت لهم طيبا في جفنة وتركتها في الحجر فغمسوا أيديهم فيه وتحالفوا . وقيل إنهم مسحوا به الكعبة توكيدا على أنفسهم . ولأي أمر تحالفوا ؟ قيل على منع الظالم ونصر المظلوم . وقيل لأن بني عبد الدار أرادت أخذ السقاية والرفادة من بني هاشم فتحالفوا على منعهم . ونحر الآخرون جزورا وغمسوا أيديهم في الدم . وقيل سموا المطيبين لأنهم تحالفوا على أن ينفقوا أو يطعموا الوفود من طيب أموالهم . وفي حلف الفضول وجهان أحدهما أنه اجتمع فيه رجال الفضل بن الحارث والفضل بن وداعة والفضل ابن فضالة . والفضول جمع الفضل قال الهروي يقال فضل وفضول كما يقال سعد وسعود . وقال الواقدي هم قوم من جرهم تحالفوا يقال لهم فضل وفضال وفضالة فلما تحالفت قريش على مثله سموا حلف الفضول . وقيل كان تحالفهم على أن لا يجدوا بمكة مظلوما من أهلها ومن غيرهم إلا قاموا معه والثاني أنهم تحالفوا على أن ينفقوا من فضول أموالهم فسموا بذلك حلف الفضول . وسموا حلف الفضول لفاضل ذلك الطيب . وتوفر على الجهاد أي كثرت رغبته وهمته فيه من الوفر وهو كثرة المال

(باب الجزية)

لا يجوز أخذ الجزية ممن لا كتاب له ولا شبهة كتاب كعبدة الأوثان لقوله عز وجل «قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون» نخص أهل الكتاب بالجزية فدل على أنها لا تؤخذ من غيرهم ويجوز أخذها من أهل الكتابين وهم اليهود والنصارى للآية ويجوز أخذها ممن بدل منهم دينه لأنه وإن لم تكن لهم حرمة بأنفسهم فلهم حرمة بآبائهم ويجوز أخذها من المجوس لما روى عبد الرحمن ابن عوف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال سنوا بهم سنة أهل الكتاب وروى أيضا عبد الرحمن بن عوف أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر واختلف قول الشافعي رحمه الله هل كان لهم كتاب أم لا فقال فيه قولان أحدهما أنه لم يكن لهم كتاب والدليل عليه قوله عز وجل «وهذا كتاب أنزلناه مبارك فاتبعوه واتقوا لعلكم ترحمون - أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا وإن كنا عن دراستهم لغافلين» والثاني أنه كان لهم كتاب والدليل عليه ما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال كان لهم علم يعلمونه وكتاب يدرسونه وإن ملكهم سكر فوقع على ابنته أو أخته فاطلع عليه بعض أهل مملكته فجاءوا يقيمون عليه الحد فامتنع فرفع الكتاب من بين أظهرهم وذهب العلم من صدورهم :

(فصل) وإن دخل وثنى فى دين أهل الكتاب نظرت فان دخل قبل التبديل أخذت منه الجزية وعقدت له الذمة لأنه دخل فى دين حق وإن دخل بعد التبديل نظرت فان دخل فى دين من بدل لم تؤخذ منه الجزية ولم تعقد له الذمة لأنه دخل فى دين باطل وإن دخل فى دين من لم يبدل فان كان ذلك قبل النسخ بشريعة بعده أخذت منه الجزية لأنه دخل فى دين حق وإن كان بعد النسخ بشريعة بعده لم تؤخذ منه الجزية وقال المزنى رحمه الله تؤخذ منه ووجهه أنه دخل فى دين يقر عليه أهله وهذا خطأ لأنه دخل فى دين باطل فلم تؤخذ منه الجزية كالمسلم إذا ارتد وإن دخل فى دينهم ولم يعلم أنه دخل فى دين من بدل أو فى دين من لم يبدل كنصارى العرب وهم بهراء وتنوخ وتغلب أخذت منهم الجزية لأن عمر رضى الله عنه أخذ منهم الجزية باسم الصدقة ولأنه أشكل أمره فحقن دمه بالجزية احتياطا للدم وأما من تمسك بالكتب التى أنزلت على شيث وإبراهيم وداود ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحاق إنهم يقرون ببذل الجزية لأنهم أهل كتاب فأقروا ببذل الجزية كاليهود والنصارى والثانى لا يقرون لأن هذه الصحف كالأحكام التى تنزل بها الوحى وأما السامرة والصابئون ففيهم وجهان أحدهما أنه تؤخذ منهم الجزية والثانى لا تؤخذ وقد بيناهما فى كتاب النكاح وأما من كان أحد أبويه وثنيا والآخر كتابيا فعلى ما ذكرناه فى النكاح وإن دخل وثنى فى دين أهل الكتاب وله ابن صغير فجاء الإسلام وبلغ الابن واختار المقام على الدين الذى انتقل إليه أبوه أخذت منه الجزية لأنه تبعه فى الدين فأخذت منه الجزية وإن غزا المسلمون قوما من الكفار لا يعرفون دينهم فادعوا أنهم من أهل الكتاب أخذت منهم الجزية لأنه لا يمكن معرفة دينهم إلا من جهتهم فقبل قولهم وإن أسلم منهم اثنان وعدلا وشهدا أنهم من غير أهل الكتاب نبذ إليهم عهدهم لأنه بان بطلان دعواهم :

(فصل) وأقل الجزية دينار لما روى معاذ بن جبل رضى الله عنه قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وأمرنى أن آخذ من كل حالم دينارا أو عدله معافريا وإن التزم أكثر من دينار عقدت له الذمة أخذ بأدائه لأنه عوض فى عقد منع الشرع فيه من النقصان عن دينار وبقى الأمر فيما زاد على ما يقع عليه التراضى كما لو وكل وكيلا فى بيع سلعة وقال لا تبع بما دون دينار فان امتنع قوم من أداء الجزية باسم الجزية وقالوا نؤدى باسم الصدقة ورأى الامام أن يأخذ باسم الصدقة جاز لأن نصارى العرب قالوا لعمر

(ومن باب الجزية)

سميت جزية لأنها قضاء عما عليهم مأخوذ من قولهم جزى يجزى إذا قضى : قال الله تعالى «لا تجزى نفس عن نفس شيئا» أى لا تقضى ولا تغنى وفى الحديث أنه قال لأبى بردة بن نيار فى الأضحية بالجذعة من المعز تجزى عنك ولا تجزى عن أحد بعدك . والمتجازى المتقاضى عند العرب : وقيل الجزاء الغذاء قال الشاعر * متيم عندها لم يجز مكبول * أى لم يفد : ويدينون دين الحق أى يطيعون والدين الطاعة والانقياد (قوله سنوا بهم سنة أهل الكتاب) أى خذوهم على طريقتهم أى أمنوهم وخذوا عنهم الجزية . والسنة الطريق (قوله نبذ إليهم عهدهم) أى رمى به : والنبذ الرمى

رضى الله عنه لا نؤدى ما تؤدى العجم ولكن خذ منا باسم الصدقة كما تأخذ من العرب فأبى عمر رضى الله عنه وقال لا أقركم إلا بالجزية فقالوا خذ منا ضعف ما تأخذ من المسلمين فأبى عليهم فأرادوا اللحاق بدار الحرب فقال زرعة بن النعمان أو النعمان بن زرعة لعمر إن بنى تغلب عرب وفيهم قوة فخذ منهم ما قد بذلوا ولا تدعهم أن يلحقوا بعدوك فصالحهم على أن يضعف عليهم الصدقة وإن كان ما يؤخذ منهم باسم الصدقة لا يبلغ الدينار وجب إتمام الدينار لأن الجزية لا تكون أقل من دينار وإن أضعف عليهم الصدقة فبلغت دينارين فقالوا أسقط عنا دينارا وخذ منا دينارا باسم الجزية وجب أخذ الدينار لأن الزيادة وجبت لتغيير الاسم فإذا رضوا بالاسم وجب إسقاط الزيادة ؛

(فصل) والمستحب أن يجعل الجزية على ثلاث طبقات فيجعل على الفقير المعتمل دينارا وعلى المتوسط دينارين وعلى الغنى أربعة دنانير لأن عمر رضى الله عنه بعث عثمان بن حنيف إلى الكوفة فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثنى عشر ولأن بذلك يخرج من الخلاف لأن أبا حنيفة لا يجيز إلا كذلك ؛

(فصل) ويجوز أن يضرب الجزية على مواشيهم وعلى ما يخرج من الأرض من ثمر أو زرع فإن كان لا يبلغ ما يضرب على الماشية وما يخرج من الأرض دينارا لم يجز لأن الجزية لا تجوز أن تنقص عن دينار وإن شرط أنه إن نقص عن دينار تمم الدينار جاز لأنه يتحقق حصول الدينار وإن غلب على الظن أنه يبلغ الدينار ولم يشترط أنه لو نقص الدينار تمم الدينار ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز لأنه قد ينقص عن الدينار والثانى أنه يجوز لأن الغالب فى الثمار أنها لا تختلف وإن ضرب الجزية على ما يخرج من الأرض فبلغ الأرض من مسلم صح البيع لأنه مال له وينتقل ما ضرب عليها إلى الرقبة لأنه لا يمكن أخذ ما ضرب عليها من المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم لا ينبغى لمسلم أن يؤدى الخراج ولأنه جزية فلا يجوز أخذها من المسلم ولا يجوز إقرار الكافر على الكفر من غير جزية فانتقل إلى الرقبة ؛

(فصل) وتجب الجزية فى آخر الحول لأن النبى صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن أن يؤخذ من كل حالم فى كل سنة دينار وروى أبو مجلز أن عثمان بن حنيف وضع على الرءوس على كل رجل أربعة وعشرين فى كل سنة فإن مات أو أسلم بعد الحول لم يسقط ما وجب لأنه عوض عن الحقن والمساكنة وقد استوفى ذلك فاستقر عليه العوض كالأجرة بعد استيفاء المنفعة فإن مات أو أسلم فى أثناء الحول ففيه قولان أحدهما أنه لا يلزمه شىء لأنه مال يتعلق وجوبه بالحول فسقط بموته فى أثناء الحول كالزكاة والثانى وهو الصحيح أنه يلزمه من الجزية بحصة ما مضى لأنها تجب عوضا عن الحقن والمساكنة وقد استوفى البعض فوجب عليه بحصته كما لو استأجر عينا مدة واستوفى المنفعة فى بعضها ثم هلكت العين .

(فصل) ويجوز أن يشترط عليهم فى الجزية ضيافة من يمر بهم من المسلمين لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم صالح أكيدر دومة من نصارى أيلة على ثلاثمائة دينار وكانوا ثلاثمائة رجل وأن يضيفوا من يمر بهم من المسلمين وروى عبد الرحمن بن غنم قال كتبت لعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين صالح نصارى أهل الشام بسم الله الرحمن الرحيم هذا كتاب لعبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين من نصارى مدينة كذى إنكم لما قدمتم علينا سألناكم الأمان لأنفسنا وذرارينا وأموالنا وشرطنا لكم أن ننزل من يمر بنا من المسلمين ثلاثة أيام نطعمهم . ولا يشترط ذلك عليهم إلا برضاهم لأنه ليس من الجزية ويشترط عليهم الضيافة بعد الدينار لحديث أكيدر دومة لأنه إذا جعل الضيافة من الدينار لم يؤمن أن لا يحصل من بعد الضيافة مقدار الدينار ولا تشترط الضيافة إلا على غنى أو متوسط وأما الفقير فلا تشترط عليه وإن وجبت عليه الجزية لأن الضيافة تتكرر فلا يمكنه القيام بها ويجب أن تكون أيام الضيافة من السنة معلومة وعدد من يضاف من الفرسان والرجالة وقدر الطعام والأدم والعلوفة معلوما ولأنه من الجزية فلم يجز مع الجهل بها ولا يكلفون إلا من طعامهم وإدامهم لما روى أسلم أن أهل الجزية من أهل الشام أتوا عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقالوا إن المسلمين إذا مروا بنا كلفونا ذبح الغنم والدجاج فى ضيافتهم فقال أطعموهم مما تأكلون ولا تزيدوهم على ذلك ويقسط ذلك على قدر جزيتهم ولا تزاد أيام الضيافة على ثلاثة أيام لما روى أن

(قوله يضرب عليها الجزية) أى يجعل ضريبة تؤدى كل سنة مثل ضريبة العبد وهى غلته (قوله دومة) اسم حصن . وأصحاب اللغة يقولون بضم الدال . وأصحاب الحديث يفتحونها قال ذلك الجوهرى وقد أخطأ من همزها (قوله والأدم والعلوفة) وهى علف الدواب بضم العين فأما العلوفة بالفتح فهى الناقة والشاة يعلفها ولا يرسلها ترعى وكذا العليفة ؛

النبي صلى الله عليه وسلم قال الضيافة ثلاثة أيام و لهم أن يسكنوهم فى فضول مساكنهم و كنائسهم لما روى عبد الرحمن بن غنم فى الكتاب الذى كتب على نصارى الشام وشرطنا أن لا نمنع كنائسنا أن ينزلها أحد من المسلمين من ليل ونهار وأن توسع أبوابها للمارة وأبناء السبيل فإن كثروا وضاق المكان قدم من سبق فإذا جاءوا فى وقت واحد أقرع بينهم لتساويهم وإن لم تسعهم هذه المواضع نزلوا فى فضول بيوت الفقراء من غير ضيافة :

(فصل) ولا تؤخذ الجزية من صبى لحديث معاذ قال أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آخذ من كل حالم دينارا أو عدله معافريا ولأن الجزية تجب لحقن الدم والصبى محقون الدم وإن بلغ صبى من أولاد أهل الذمة فهو فى أمان لأنه كان فى الأمان فلا يخرج منه من غير عناد فإن اختار أن يكون فى الذمة ففيه وجهان أحدهما أنه يستأنف له عقد الذمة لأن العقد الأول كان للأب دونه فعلى هذا جزيته على ما يقع عليه التراضى والثانى لا يحتاج إلى استئناف عقد لأنه تبع الأب فى الأمان فتبعه فى الذمة فعلى هذا يلزمه جزية أبيه وجده من الأب ولا يلزمه جزية جده من الأم لأنه لا جزية على الأم فلا يلزمه جزية أبيها .

(فصل) ولا تؤخذ الجزية من مجنون لأنه محقون الدم فلا تؤخذ منه الجزية كالصبى وإن كان يجن يوما ويفيق يوما لفق أيام الافاقة فإذا بلغ قدر سنة أخذت منه الجزية لأنه ليس تغليب أحد الأمرين بأولى من الآخر فوجب التلفيق وإن كان عاقلا فى أول الحول ثم جن فى أثنائه وأطبق الجنون ففى جزية ما مضى من أول الحول قولان كما قلنا فيمن مات أو أسلم فى أثناء الحول :

(فصل) ولا تؤخذ الجزية من امرأة لما روى أسلم أن عمر رضى الله عنه كتب إلى أمراء الجزية أن لا تضربوا الجزية على النساء ولا تضربوا إلا على من جرت عليه الموسى ولأنها محقونة الدم فلا تؤخذ منها الجزية كالصبى ولا تؤخذ من الخنثى المشكل لجواز أن يكون امرأة وإن طلبت امرأة من دار الحرب أن تعقد لها الذمة وتقيم فى دار الإسلام من غير جزية جاز لأنه لا جزية عليها ولكن يشترط عليها أن تجرى عليها أحكام الاسلام وإن نزل المسلمون على حصن فيه نساء بلا رجال فطلبن عقد الذمة بالجزية ففيه قولان أحدهما أنه لا يعقد لهن لأن دماءهن محقونة فعلى هذا يقيمون حتى يفتحوا الحصن ويسترقوهن والثانى أنه يجوز أن يعقد لهن الذمة وتجرى عليهن أحكام المسلمين كما قلنا فى الحربية إذا طلبت عقد الذمة فعلى هذا لا يجوز سبيهن وما بذلن من الجزية كالهدية وإن دفعن أخذ منهن وإن امتنعن لم يخرجن من الذمة :

(فصل) ولا يؤخذ من العبد ولا من السيد بسببه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لا جزية على مملوك ولأنه لا يقتل بالكفر فلم تؤخذ منه الجزية كالصبى والمرأة ولا تؤخذ ممن نصفه حر ونصفه عبد لأنه محقون الدم فلم تؤخذ منه الجزية كالعبد ومن أصحابنا من قال فيه وجه آخر أنه يؤخذ منه بقدر ما فيه من الجزية لأنه يملك المال بقدر ما فيه من الحرية وإن أعتق العبد نظرت فإن كان المعتق مسلما عقدت له الذمة بما يقع عليه التراضى من الجزية وإن كان ذميا ففيه وجهان أحدهما أنه يستأنف له عقد الذمة بما يقع عليه التراضى من الجزية لأن عقد المولى كان له دون العبد والثانى يلزمه جزية المولى لأنه تبعه فى الأمان فلزمه جزيته :

(فصل) وفى الراهب والشيخ الفانى قولان بناء على القولين فى قتلهما فإن قلنا يجوز قتلهما أخذت منهما الجزية ليحقن بها دمهما وإن قلنا إنه لا يجوز قتلهما لم تؤخذ منهما لأن دمهما محقون فلم تؤخذ منهما الجزية كالصبى والمرأة فى الفقير الذى لا كسب له قولان أحدهما أنه لا تجب عليه الجزية لأن عمر رضى الله عنه جعل أهل الجزية طبقات وجعل أدناهم الفقير المعتمل

(قوله أو عدله معافريا) العدل بالكسر المثل المساوى للشيء ومنه عدل الحمل . قال ابن الأنبارى العدل بالكسر ما عادله الشيء من جنسه . والعدل بالفتح ما عادله من غير جنسه . قال البصريون العدل والعدل لغتان وهما المثل والمعافر البرود تنسب إلى معافر باليمن وهم حى من همدان أى تذهب إليهم الثياب المعافرية (قوله لا تضربوا الجزية) وفى بعضها لا تضعوا ومعناه لا تلزموهم ولا تجعلوها ضريبة (قوله الفقير المعتمل) يقال اعتمل اضطرب فى العمل قال :

إن الكريم وأبيك يعتمل إن لم يجد يوما على من يتكل والمعتمل قد يكون المكتسب بالعمل من الصناعة وغيرها

فدل على أنها لا تجب على غير المعتمل ولأنه إذا لم يجب خراج الأرض فى أرض لا نبات لها لم يجب خراج الرقاب فى رقبة لا كسب لها فعلى هذا يكون مع الأغنياء فى عقد الذمة فإذا أيسر استؤنف الحول والثانى أنها تجب عليه لأنها تجب على سبيل العوض فاستوى فيه المعتمل وغير المعتمل كالثمن والأجرة ولأن المعتمل وغير المعتمل يستويان فى القتل بالكفر فاستويا فى الجزية فعلى هذا ينظر إلى الميسرة فإذا أيسر طولب بجزية مامضى ومن أصحابنا من قال لا ينظر لأنه يقدر على حقن الدم بالإسلام فلم ينظر كما لا ينظر من وجبت عليه كفارة ولا يجد رقبة وهو يقدر على الصوم فعلى هذا يقول له إن توصلت إلى أداء الجزية خليناك وإن لم تفعل نبذنا إليك العهد :

(فصل) ويثبت الامام عدد أهل الذمة وأسماءهم ويحليهم بالصفات التى لا تتغير بالأيام فيقول طويل أو قصير أو ربعة أو أبيض أو أسود أو أسمر أو أشقر أو أدعج العينين أو مقرون الحاجبين أو أقنى الأنف ويكتب ما يؤخذ من كل واحد منهم ويجعل على كل طائفة عريفا ليجمعهم عند أخذ الجزية ويكتب من يدخل معهم فى الجزية بالبلوغ ومن يخرج منهم بالموت والإسلام وتؤخذ منهم الجاية برفق كما تؤخذ سائر الديون ولا يؤذيهم فى أخذها بقول ولا فعل لأنه عوض فى عقد فلم يؤذهم فى أخذه بقول ولا فعل كأجرة الدار ومن قبض منه جزيته كتبت له براءة لتكون حجة له إذا احتاج إليها :

(فصل) وإن مات الإمام أو عزل وولى غيره ولم يعرف مقدار ما عليهم من الجزية رجع إليهم فى ذلك لأنه لا تمكن معرفته مع تعذر البينة إلا من جهتهم ويحلفهم استظهارا ولا يجب لأن ما يدعونه لا يخالف الظاهر فإن قال بعضهم هو دينار وقال بعضهم هو ديناران أخذ من كل واحد منهم ما أقر به لأن إقرارهم مقبول ولا تقبل شهادة بعضهم على بعض لأن شهادتهم لا تقبل وإن ثبت بعد ذلك بإقرار أو بينة أن الجزية كانت أكثر استوفى منهم فإن قالوا كنا ندفع دينارين دينارا عن الجزية ودينارا هدية فالقول قولهم مع يمينهم واليمين واجبة لأن دعواهم تخالف الظاهر وإن غاب منهم رجل سنين ثم قدم وهو مسلم وادعى أنه أسلم فى أول ما غاب ففيه قولان أحدهما أنه لا يقبل قوله ويطالب بجزية مامضى فى غيبته فى حال الكفر لأن الأصل بقاؤه على الكفر والثانى أنه يقبل لأن الأصل براءة الذمة من الجزية .

(باب عقد الذمة)

لا يصح عقد الذمة إلا من الامام أو ممن فوض إليه الامام لأنه من المصالح العظام فكان إلى الامام ومن طلب عقد الذمة وهو ممن يجوز إقراره على الكفر بالجزية وجب العقد له لقوله عز وجل قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق ثم قال حتى يعطوا الجزية عن يدوهم صاغرون فدل على أنهم إذا أعطوا الجزية وجب الكف عنهم وروى بريدة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا بعث أميرا على جيش قال إذا لقيت عدوا من المشركين فادعهم إلى الدخول فى الاسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم وإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية فإن فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم ولا يجوز عقد الذمة إلا بشرطين بذل الجزية والتزام أحكام المسلمين فى حقوق الآدميين فى العقود والمعاملات وغرامات المتلفات فإن عقد على غير هذين الشرطين لم يصح العقد والدليل عليه قوله عز وجل قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والصغار هو أن تجرى عليهم أحكام المسلمين ولا فرق بين الخيابرة وغيرهم فى الجزية والذى يدعيه الخيابرة أن معهم كتابا من على

(قوله أدعج العينين) الدعج شدة سواد المقلة وشدة بياض بياضها (قوله مقرون الحاجبين) هو التقاء طرفيهما . وهو مذموم وضده البلج وهو أن ينقطعا حتى يكون ما بينهما نقيا من الشعر وهو محمود : والقنا احديداب الأنف مع ارتفاع قصبته (قوله ويحلفهم استظهارا) مأخوذ من الظهور وهو الظاهر الذى لا خفاء به . والاستظهار الأخذ بالجزم واليقين وأصله عند العرب أن الرجل إذا سافر أخذ مع بعيره بعيرا آخر خوف أن يعيا بعيره فيركب الآخر والبعير هو الظهر ذكره الأزهرى

(ومن باب عقد الذمة)

(قوله عن يد) أى عن قهر وقد تقدم ذكره .

ابن أبي طالب كرم الله وجهه، بالبراءة من الجزية لاأصل له ولم يذكره أحد من علماء الاسلام وأخبار اهل الذمة لاتقبل وشهاداتهم لا تسمع :

(فصل) وإن كان أهل الذمة فى دار الاسلام أخذوا بلبس الغيار وشد الزنار والغيار أن يكون فيما يظهر من ثيابهم ثوب يخالف لونه لون ثيابهم كالأزرق والأصفر ونحوهما والزنار أن يشدوا فى أوساطهم خيطا غليظا فوق الثياب وإن لبسوا القلانس جعلوا فيها خرقا ليتميزوا عن قلانس المسلمين لماروى عبد الرحمن بن غنم فى الكتاب الذى كتبه لعمر حين صالح نصارى الشام فشرط أن لانتشبه بهم فى شئ من لباسهم من قلنسوة ولاعمامة ولا نعلين ولا فرق شعر وأن نشد الزنانير فى أوساطنا ولأن الله عز وجل أعز الاسلام وأهله، وندب إلى إعزاز أهله وأذل الشرك وأهله وندب إلى إذلال أهله والدليل عليه ماروى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال بعثت بين يدى الساعة بالسيف حتى يعبد الله ولايشرك به شئ وجعل الصغار والذل على من خالف أمرى فوجب أن يتميزوا عن المسلمين لنستعمل مع كل واحد منهم ماندبنا إليه وإن شرط عليهم الجمع بين الغيار والزنار أخذوا بهما وان شرط أحدهما أخذوا به لأن التمييز يحصل بأحدهما ويجعل فى أعناقهم خاتم ليتميزوا به عن المسلمين فى الحمام وفى الأحوال التى يتجردون فيها عن الثياب ويكون ذلك من حديد أو رصاص أو نحوهما ولايكون من ذهب أو فضة لأن فى ذلك إعظامالهم وإن كان لهم شعر أمروا بجز النواصى ومنعوا من إرساله كما تصنع الأشراف والأخيار من المسلمين الما روى عبدالرحمن بن غنم فى كتاب عمر على نصارى الشام وشرطنا أن نجز مقادم رءوسنا ولا يمنعون من لبس العمائم والطيلسان لأن التمييز يحصل بالغيار والزنار وهل يمنعون من لبس الديباج فيه وجهان أحدهما أنهم يمنعون لما فيه من التجبر والتفخيم والتعظيم والثانى أنهم لا يمنعون كما لا يمنعون من لبس المرتفع من القطن والكتان وتؤخذ نساؤهم بالغيار والزنار لما روى أن عمر كتب إلى أهل الآفاق أن مروا نساء أهل الأديان أن يعقدن زنانيرهن وتكون زنانيرهن تحت الإزار لأنه إذا كان فوق الإزار انكشفت رءوسهن واتصفت أبدانهن ويجعلن فى أعناقهن خاتم حديد ليتميزن به عن المسلمات فى الحمام كما قلنا فى الرجال وإن لبسن الخفاف جعلن الخفين من لونين ليتميزن عن النساء المسلمات ويمنعون من ركوب الخيل لما روى فى حديث عبدالرحمن بن غنم شرطنا أن لانتشبه بالمسلمين فى مراكبهم وإن ركبوا الحمير والبغال ركبوها على الأكف دون السروج ولا يتقلدون السيوف ولايحملون السلاح لما روى عبدالرحمن بن غنم فى كتاب عمر ولانركب بالسروج ولانتقلد بالسيوف ولا نتخذ شيئا من السلاح ولا نحمله ويركبون عرضا من جانب واحد لما روى ابن عمر أن عمر كان يكتب إلى عماله يأمرهم أن يجعل أهل الكتاب المناطق فى أوساطهم وأن يركبوا الدواب عرضا على شق .

(فصل) ولايبدءون بالسلام ويلجئون إلى أضيق الطرق لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا لقيتم المشركين فى طريق فلا تبدءوهم بالسلام واضطروهم إلى أضيقها ولايصدرون فى المجالس لماروى عبدالرحمن بن غنم فى كتاب عمر وأن نوقر المسلمين ونقوم لهم من مجالسنا إذا أرادوا الجلوس ولأن فى تصديرهم فى المجالس إعزازالهم وتسوية بينهم وبين المسلمين فى الاكرام فلم يجز ذلك :

(فصل) ويمنعون من إحداث بناء يعلو بناء جيرانهم من المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم الإسلام يعلو ولايعلى وهل يمنعون مساواتهم فى البناء فيه وجهان أحدهما أنهم لا يمنعون لأنه يؤمن أن يشرف المشرك على المسلم والثانى أنهم يمنعون لأن القصد

(قوله أخذوا بلبس الغيار) بالفتح وهو الاسم . وأما الغيار بالكسر فهو المصدر كالفخار : وقال الصنعانى فى تكملته الغيار بالكسر علامة أهل الذمة كالزنار وعلامة المجوس : جعله اسما كالشعار والدثار (قوله الطيلسان) هو الرداء يشتمل به الرجل على كتفيه ورأسه وظهره وقد يكون مقورا (قوله ركبوها على الأكف) هو جمع إكاف آلة تجعل على الحمار يركب عليها بمنزلة السرج قال كالبرذون المشدود بالأكف يقال إكاف ووكاف . ويلجئون إلى أضيق الطرق أى يضطرون يقال ألجأته إلى الشئ اضطررته إليه (قوله ولا يصدرون فى المجالس) أى لايجعلون صدورا : وهم السادة الذين يصدر عن أمرهم ونهيهم :

أن يعلوا الاسلام ولا يحصل ذلك مع المساواة وإن ملكوا دارا عالية أقروا عليها وإن كانت أعلى من دور جيرانهم لأنه ملكها على هذه الصفة وهل يمنعون من الاستعلاء فى غير محلة المسلمين فيه وجهان أحدهما أنهم لا يمنعون لأنه يؤمن مع البعد أن يعلوا على المسلمين والثانى أنهم يمنعون فى جميع البلاد لأنهم يتطاولون على المسلمين ؛

(فصل) ويمنعون من إظهار الخمر والخنزير وضرب النواقيس والجهر بالتوراة والانجيل وإظهار الصليب وإظهار أعيادهم ورفع الصوت على موتاهم لما روى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر رضى الله عنه على نصارى الشام شرطنا أن لا نبيع الخمور ولا نظهر صلباننا ولا كتبنا فى شىء من طرق المسلمين ولا أسواقهم ولا نضرب نواقيسنا إلا ضربا خفيا ولا نرفع أصواتنا بالقراءة فى كنائسنا فى شىء من حضرة المسلمين ولا نخرج شعانيننا ولا باعوثنا ولا نرفع أصواتنا على موتانا ؛

(فصل) ويمنعون من إحداث الكنائس والبيع والصوامع فى بلاد المسلمين لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال أيما مصر مصرته العرب فليس للعجم أن يبنوا فيه كنيسة وروى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر على نصارى الشام إنكم لما قدمتم علينا شرطنا لكم على أنفسنا أن لا نحدث فى مدائننا ولا فيما حولها ديرا ولا قلاية ولا كنيسة ولا صومعة راهب وهل يجوز إقرارهم على ما كان منها قبل الفتح ينظر فيه فان كان فى بلد فتح صلحا واستثنى فيه الكنائس والبيع جاز إقرارهما لأنه إذا جاز أن يصالحوا على أن لنا النصف ولهم النصف جاز أن يصالحوا على أن لنا البلد إلا الكنائس والبيع وإن كان فى بلد فتح عنوة أو فتح صلحا ولم تستثن الكنائس والبيع ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز كما لا يجوز إقرار ما أحدثوا بعد الفتح والثانى أنه يجوز لأنه لما جاز إقرارهم على ما كانوا عليه من الكفر جاز إقرارهم على ما بنى للكفر وما جاز تركه من ذلك فى دار الاسلام إذا انهدم فهل يجوز إعادته فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى على بن أبى هريرة أنه لا يجوز لما روى كثير بن مرة قال سمعت عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبنى الكنيسة فى دار الاسلام ولا يجدد ماخرب منها وروى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر بن الخطاب على نصارى الشام ولا يجدد ماخرب منها ولأنه بناء كنيسة فى دار الاسلام فمنع منه كما لو بناها فى موضع آخر والثانى أنه يجوز لأنه لما جاز تشييد ما تشعب منها جاز إعادة ما انهدم وإن عقدت الذمة فى بلد لهم ينفردون به لم يمنعوا من إحداث الكنائس والبيع والصوامع ولا من إعادة ماخرب منها ولا يمنعون من إظهار الخمر والخنزير والصليب وضرب الناقوس والجهر بالتوراة والانجيل وإظهار ما لهم من الأعياد ولا يؤخذون بلبس الغيار وشد الزنانير لأنهم فى دار لهم فلم يمنعوا من إظهار دينهم فيه ؛

(فصل) ويجب على الامام الذب عنهم ومنع من يقصدهم من المسلمين والكفار واستنقاذ من أسر منهم واسترجاع ما أخذ من أموالهم سواء كانوا مع المسلمين أو كانوا منفردين عنهم فى بلد لهم لأنهم بذلوا الجزية لحفظهم وحفظ أموالهم فان لم يدفع حتى مضى حول لم تجب الجزية عليهم لأن الجزية للحفظ وذلك لم يوجد فلم يجب ما فى مقابلته كما لا تجب الأجرة إذا لم يوجد التمكين من المنفعة وإن أخذ منهم خمر أو خنزير لم يجب استرجاعه لأنه يحرم فلا يجوز اقتناؤه فى الشرع فلم تجب المطالبة به ؛

(فصل) وإن عقدت الذمة بشرط أن لا يمنع عنهم أهل الحرب نظرت فإن كانوا مع المسلمين أو فى موضع إذا قصدهم أهل الحرب كان طريقهم على المسلمين لم يصح العقد لأنه عقد على تمكين الكفار من المسلمين فلم يصح وإن كانوا منفردين عن المسلمين فى موضع ليس لأهل الحرب طريق على المسلمين صح العقد لأنه ليس فيه تمكين الكفار من المسلمين وهل يكره هذا الشرط قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع يكره وقال فى موضع لا يكره وليست المسئلة على قولين وإنما هى على اختلاف حالين فالموضع الذى قال يكره إذا طلب الامام الشرط لأن فيه إظهار ضعف المسلمين والموضع الذى قال لا يكره إذا طلب أهل الذمة الشرط

(قوله ولا نخرج شعانيننا ولا باعوثنا) قال الزمخشرى والخطابى الشعانين عيد لهم الأول قبل فصحهم بأسبوع يخرجون لصلبانهم والباعوث بالعين المهملة والثاء المثلثة استسقاؤهم يخرجون بصلبانهم إلى الصحراء يستسقون قال وروى ولا باعوثا وجدته مضبوطا بالعين والغين والثاء بثلاث نقط وأظن النون خطأ تصحيف قال وهو عيد لهم صولحوا على أن لا يظهروا زيهم للمسلمين فيفتنوهم

(قوله ديرا ولا قلايه) قال الخطابى الدير والقلاية متعبدات لهم تشبه الصومعة وروى قلية وروى بتخفيف الياء المعجمة باثنتين من تحتها (قوله ويجب على الامام الذب عنهم) هو المنع والدفع عنهم لمن يريد ظلمهم وهلاكهم ؛

لأنه ليس فيه إظهار ضعف المسلمين وإن أغار أهل الحرب على أهل الذمة وأخذوا أموالهم ثم ظفر الإمام بهم واسترجع ما أخذوه من أهل الذمة وجب على الامام رده عليهم وإن أتلفوا أموالهم أوقتلوا منهم لم يضمنوا لأنهم لم يلتزموا أحكام المسلمين وإن أغار من بيننا وبينهم هدنة على أهل الذمة وأخذوا أموالهم وظهر بها الامام واسترجع ما أخذوه وجب رده على أهل الذمة وإن أتلفوا أموالهم وقتلوا منهم وجب عليهم الضمان لأنهم التزموا بالهدنة حقوق الآدميين وإن نقضوا العهد وامتنعوا فى ناحية ثم أغاروا على أهل الذمة وأتلفوا عليهم أموالهم وقتلوا منهم ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليهم الضمان والثانى لا يجب كالقولين فيما يتلف أهل الردة إذا امتنعوا وأتلفوا على المسلمين أموالهم أوقتلوا منهم .

(فصل) وإن تحاكم مشركان إلى حاكم المسلمين نظرت فان كانا معاهدين فهو بالخيار بين أن يحكم بينهما وبين أن لا يحكم لقوله عز وجل فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ولا يختلف أهل العلم أن هذه الآية نزلت فيمن وادعهم رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة قبل فرض الجزية وإن حكم بينهما لم يلزمهما حكمه وإن دعا الحاكم أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور وإن كانا ذميين نظرت فان كان على دين واحد ففيه قولان أحدهما أنه بالخيار بين أن يحكم بينهما وبين أن لا يحكم لأنهما كافران فلا يلزمه الحكم بينهما كالمعاهدين وإن حكم بينهما لم يلزمهما حكمه وإن دعا أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور والقول الثانى أنه يلزمه الحكم بينهما وهو اختيار المزنى لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولأنه يلزمه دفع ماقصد كل واحد منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين وإن حكم بينهما لزمهما حكمه وإن دعا أحدهما ليحكم بينهما لزمه الحضور وإن كانا على دينين كاليهودى والنصرانى ففيه طريقان أحدهما أنه على القولين كالقسم قبله لأنهما كافران فصارا كما لو كانا على دين واحد والثانى قول أبى على بن أبى هريرة أنه يجب الحكم بينهما قولا واحدا لأنهم إذا كانا على دين واحد فلم يحكم بينهما تحاكما إلى رئيسهما فيحكم بينهما وإذا كانا على دينين لم يرض كل واحد منهما برئيس الآخر فيضيع الحق واختلف أصحابنا فى موضع القولين فمنهم من قال القولان فى حقوق الآدميين وفى حقوق الله تعالى ومنهم من قال القولان فى حقوق الآدميين وأما حقوق الله تعالى فانه يجب الحكم بينهما قولا واحدا لأن حقوق الآدميين من يطالب بها ويتوصل إلى استيفائها فلا تضيع بترك الحكم بينهما وليس لحقوق الله تعالى من يطالب بها فإذا لم يحكم بينهما ضاعت ومنهم من قال القولان فى حقوق الله تعالى فأما فى حقوق الآدميين فإنه يجب الحكم بينهما قولا واحدا لأنه إذا لم يحكم بينهما فى حقوق الآدميين ضاع حقه واستضر ولا يوجد ذلك فى حقوق الله تعالى فإن تحاكم إليه ذمى ومعاهد ففيه قولان كالذميين وإن تحاكم إليه مسلم وذمى أو مسلم ومعاهد لزمه الحكم بينهما قولا واحدا لأنه يلزمه دفع كل واحد منهما عن ظلم الآخر فلزمه الحكم بينهما ولا يحكم بينهما إلا بحكم الإسلام لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولقوله تعالى وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط وإن تحاكم إليه رجل وامرأة فى نكاح فان كانا على نكاح لو أسلما عليه لم يجز إقرارهما عليه كنكاح ذوات المحارم حكم بإبطاله وإن كانا على نكاح لو أسلما عليه جاز إقرارهما عليه حكم بصحته لأن أنكحة الكفار محكوم بصحتها والدليل عليه قوله تعالى وقالت امرأة فرعون فأضاف إلى فرعون زوجته وقوله تعالى وامرأته حمالة الحطب فأضاف إلى أبى لهب زوجته ولأنه أسلم خلق كثير على أنكحة فى الكفر فأقروا على أنكحتهم فإن طلقها أو آلى منها وظاهر منها حكم فى الجميع بحكم الاسلام .

(فصل) وإن تزوجها على مهر فاسد وسلم إليها بحكم حاكمهم ثم ترافعا إلينا ففيه قولان أحدهما يقرون عليه لأنه مهر مقبوض فأقرا عليه كما لو أقبضها من غير حكم والثانى أنه يجب لها مهر المثل لأنها قبضت عن إكراه بغير حق فصار كما لو لم تقبض .

(فصل) ومن أتى من أهل الذمة محرما يوجب عقوبة نظرت فإن كان ذلك محرما فى دينه كالقتل والزنا والسرقة والقذف وجب عليه ما يجب على المسلم والدليل عليه ماروى أنس رضى الله عنه أن يهوديا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين وروى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بيهوديين قد فجرا بعد إحصانهما فأمر بهما فرجما ولأنه محرم فى دينه وقد التزم حكم الاسلام بعقد الذمة فوجب عليه ما يجب على المسلم وإن كان يعتقد إباحته كشرب الخمر لم يجب عليه الحد لأنه لا يعتقد تحريمه فلم يجب عليه عقوبة كالكفر فإن تظاهر به عزر لأنه إظهار منكر فى دار الإسلام فعزر عليه .

(فصل) إذا امتنع الذمى من التزام الجزية أو امتنع من التزام أحكام المسلمين انتقض عهده لأن عقد الذمة لاينعقد إلا بهما فلم يبق دونهما وإن قاتل المسلمين انتقض عهده سواء شرط عليه تركه فى العقد أو لم يشرط لأن مقتضى عقد الذمة الأمان من الجانبين والقتال ينافى الأمان فانتقض به العهد وإن فعل ماسوى ذلك نظرت فان كان مما فيه إضرار بالمسلمين فقد ذكر الشافعى رحمه الله تعالى ستة أشياء وهو أن يزنى بمسلمة أو يصيبها باسم النكاح أو يفتن مسلما عن دينه أو يقطع عليه الطريق أو يؤوى عينا لهم أو يدل على عوراتهم وأضاف إليه أصحابنا أن يقتل مسلما فإن لم يشرط الكف عن ذلك فى العقد لم ينتقض عهده لبقاء مايقتضى العقد من التزام أداء الجزية والتزام أحكام المسلمين والكف عن قتالهم وإن شرط عليهم الكف عن ذلك فى العقد ففيه وجهان أحدهما أنه لاينتقض به العهد لأنه لاينتقض به العهد من غير شرط فلا ينتقض به مع الشرط كإظهار الخمر والخنزير وترك الغيار والثانى أنه ينتقض به العهد لما روى أن نصرانيا استكره امرأة مسلمة على الزنا فرفع إلى أبى عبيدة ابن الجراح فقال ماعلى هذا صالحناكم وضرب عنقه ولأن عقوبة هذه الأفعال تستوفى عليه من غير شرط فوجب أن يكون لشرطها تأثير ولا تأثير إلا ماذكرناه من نقض العهد فان ذكر الله عز وجل أو كتابه أو ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم أو دينه بما لاينبغى فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق فى حكمه حكم الثلاثة الأولى وهى الامتناع من التزام الجزية والتزام أحكام المسلمين والاجتماع على قتالهم وقال عامة أصحابنا حكمه حكم مافيه ضرر بالمسلمين وهى الأشياء السبعة إن لم يشترط فى العقد الكف عنه لم ينتقض العهد وإن شرط الكف عنه فعلى الوجهين لأن فى ذلك إضرارا بالمسلمين لما يدخل عليهم من العار فألحق بما ذكرناه مما فيه إضرار بالمسلمين ومن أصحابنا من قال من سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجب قتله لما روى أن رجلا قال لعبدالله بن عمر سمعت راهبا يشتم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته إنا لم نعطه الأمان على هذا وإن أظهر من منكر دينهم مالاضرر فيه على المسلمين كالخمر والخنزير وضرب الناقوس والجهر بالتوراة والانجيل وترك الغيار لم ينتقض العهد شرط أو لم يشرط واختلف أصحابنا فى تعليله فمنهم من قال لاينتقض العهد لأنه إظهار مالا ضرر فيه على المسلمين ومنهم من قال ينتقض لأنه إظهار مايتدينون به وإذا فعل ماينتقض به العهد ففيه قولان أحدهما أنه يرد إلى مأمنه لأنه حصل فى دار الإسلام بأمان فلم يجز قتله قبل الرد إلى مأمنه كما لو دخل دار الاسلام بأمان صبى والثانى وهو الصحيح أنه لايجب رده إلى مأمنه لأن أباعبيدة بن الجراح قتل النصرانى الذى استكره المسلمة على الزنا ولم يرده إلى مأمنه ولأنه مشرك لا أمان له فلم يجب رده إلى مأمنه كالأسير ويخالف من دخل بأمان الصبى لأن ذلك غير مفرط لأنه اعتقد صحة عقد الأمان فرد إلى مأمنه وهذا مفرط لأنه نقض العهد فلم يرد إلى مأمنه فعلى هذا يختار الامام مايراه من القتل والاسترقاق والمن والفداء كما قلنا فى الأسير *

(فصل) ولايمكن مشرك من الاقامة فى الحجاز قال الشافعى رحمه الله هى مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها قال الأصمعى سمى حجازا لأنه حاجز بين تهامة ونجد والدليل عليه ماروى ابن عباس رضى الله عنه قال اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه فقال أخرجوا المشركين من جزيرة العرب وأراد الحجاز والدليل عليه ماروى أبو عبيدة بن الجراح رضى الله عنه قال آخر ماتكلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجوا اليهود من الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب وروى ابن عمر أن عمر رضى الله عنه أجلى اليهود والنصارى من الحجاز ولم ينقل أن أحدا من الخلفاء أجلى من كان باليمن من أهل الذمة وإن كانت من جزيرة العرب فإن جزيرة العرب فى قول الأصمعى من أقصى عدن إلى ريف العراق فى الطول ومن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطرار الشام فى العرض وفى قول أبى عبيدة مابين حفر أبى موسى الأشعرى إلى أقصى اليمن فى الطول ومابين النهرين إلى السماوة وفى العرض قال يعقوب حفر أبى موسى على منازل من البصرة من طريق مكة على خمسة أو ستة منازل وأما نجران فليست من الحجاز ولكن

(قوله جزيرة العرب) سميت جزيرة لأن البحرين بحر فارس وبحر الحبشة والرافدين قد أحاطت بها . والرافدان دجلة والفرات قال

وولیت العراق ورافدیه فزاریا أجذ ید القمیص

(قوله ريف العراق) حيث المزارع ومواضع الخصب منها (قوله إلى أطرار الشام) الجوهرى أطرار الشام أطرافها . وحفر أبى موسى ركايا احتفرها بطريق مكة من البصرة بين ماوية والنجشانيات * وكان لايوجد بها قطرة ماء ولها حكاية *

صالحهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن لا يأكلوا الربا فأكلوه ونقضوا العهد فأمر بإجلائهم فأجلاهم عمر ويجوز تمكينهم من دخول الحجاز لغير الاقامة لأن عمر رضي الله عنه أذن لمن دخل منهم تاجراً في مقام ثلاثة أيام ولا يمكنون من الدخول بغير إذن الامام لأن دخولهم إنما أجيز لحاجة المسلمين فوقف على رأي الامام فان استأذن في الدخول فان كان للمسلمين فيه منفعة بدخوله لحمل ميرة أو أداء رسالة أو عقد ذمة أو عقد هدنة أذن فيه لأن فيه مصلحة للمسلمين فإن كان في تجارة لا يحتاج إليها المسلمون لم يؤذن له إلا بشرط أن يأخذ من تجارتهم شيئاً لأن عمر رضي الله عنه أمر أن تؤخذ من أنباط الشام من حمل القطنية من الحبوب العشر ومن حمل الزيت والقمح نصف العشر ليكون أكثر للحمل وتقدير ذلك إلى رأي الامام لأن أخذه باجتهاده فكان تقديره إلى رأيه فان دخل للتجارة فله أن يقيم ثلاثة أيام ولا يقيم أكثر منها لحديث عمر رضي الله عنه ولأنه لا يصير مقيماً بالثلاثة ويصير مقيماً بما زاد وإن أقام في موضع ثلاثة أيام ثم انتقل إلى موضع آخر وأقام ثلاثة أيام ثم كذلك ينتقل من موضع إلى موضع ويقيم في كل موضع ثلاثة أيام جاز لأنه لم يصر مقيماً في موضع ولا يمنع من ركوب بحر الحجاز لأنه ليس بموضع للاقامة ويمنع من المقام في سواحله والجزائر المكونة فيه لأنه من بلاد الحجاز وإن دخل لتجارة فمرض فيه ولم يمكنه الخروج أقام حتى يبرأ لأنه موضع ضرورة وإن مات فيه وأمكن نقله من غير تغير لم يدفن فيه لأن الدفن إقامة على التأبيد وإن خيف عليه التغير في النقل عنه لبعد المسافة دفن فيه لأنه موضع ضرورة ؛

(فصل) ولا يمكن مشرك من دخول الحرم لقوله عز وجل «إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا» والمسجد الحرام عبارة عن الحرم والدليل عليه قوله عز وجل «سبحان الذي أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام إلى المسجد الأقصى» وأراد به مكة لأنه أسرى به من منزل خديجة وروى عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يدخل مشرك المسجد الحرام فان جاء رسولا خرج إليه من يسمع رسالته وإن جاء لحمل ميرة خرج إليه من يشترى منه وإن جاء ليسلم خرج إليه من يسمع كلامه وإن دخل ومرض فيه لم يترك فيه وإن مات لم يدفن فيه وإن دفن فيه نبش وأخرج منه للآية ولأنه إذا لم يجز دخوله في حياته فلأن لا يجوز دفن جيفته فيه أولى وإن تقطع ترك لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بنقل من مات فيه منهم ودفن قبل الفتح وإن دخل بغير إذن فإن كان عالماً بتحريمه عزر وإن كان جاهلا أعلم فان عاد عزر وإن أذن له في الدخول بمال لم يجز فان فعل استحق عليه المسمى لأنه حصل له المعوض ولا يستحق عوض المثل وإن كان فاسداً لأنه لا أجرة لمثله والحرم من طريق المدينة على ثلاثة أميال ومن طريق العراق على تسعة أميال ومن طريق الجعرانة على تسعة أميال ومن طريق الطائف على عرفة على سبعة أميال ومن طريق جدة على عشرة أميال ؛

(فصل) وأما دخول ما سوى المسجد الحرام من المساجد فإنه يمنع منه من غير إذن لما روى عياض الأشعري أن أبا موسى وفد إلى عمر ومعه نصراني فأعجب عمر خطه فقال قل لكاتبك هذا يقرأ لنا كتاباً فقال إنه لا يدخل المسجد فقال لم؟ أجنب هو؟ قال لا هو نصراني قال فانتهره عمر فإن دخل من غير إذن عزر لما روت أم غراب قالت رأيت علياً كرم الله وجهه على المنبر وبصر بمجوسي فنزل فضربه وأخرجه من باب كندة فان استأذن في الدخول فان كان لنوم أو أكل لم يأذن له لأنه يرى ابتذاله تديناً فلا يحميه من أقذاره وإن كان لسماع قرآن أو علم فان كان ممن يرجى إسلامه أذن له لقوله عز وجل «وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله» ولأنه ربما كان ذلك سبباً لإسلامه وقد روي أن عمر رضي الله عنه سمع أخته تقرأ طه فأسلم وإن كان جنباً ففيه وجهان أحدهما أنه يمنع من المقام فيه لأنه إذا منع المسلم إذا كان جنباً فلأن يمنع المشرك أولى والثاني أنه لا يمنع لأن المسلم يعتقد تعظيمه فمنع والمشرك لا يعتقد تعظيمه فلم يمنع وإن وفد قوم من الكفار ولم يكن للامام موضع ينزلهم فيه جاز أن ينزلهم في المسجد لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أنزل سبي بني قريظة والنضير في مسجد المدينة وربط ثمامة بن أثال في المسجد

والميرة الطعام الذي يمتاره الانسان أي يجيء به من بعد يقال مار أهله يميرهم إذا حمل إليهم الميرة قال الله تعالى «ونمير أهلنا» : وأنباط الشام قوم من العجم : والقطنية بكسر القاف هو ما سوى الطعام كالعدس واللوبيا والحمص وما شاكله : وبصر بمجوسي أي نظر ، وقيل علم قال أبو عبيد في قوله تعالى «بصرت بما لم يبصروا به» نظرت من البصر وقال قتادة فطنت من البصيرة : وقال مقاتل علمت . قال الهروي يقال بصر يبصر إذا صار عليماً بالشيء فإذا نظرت قلت أبصرت أبصر

(فصل) ولا يمكن حربي من دخول دار الاسلام من غير حاجة لأنه لا يؤمن كيده ولعله يدخل للتجسيس أو شراء سلاح فإن استأذن في الدخول لأداء رسالة أو عقد ذمة أو هدنة أو حمل ميرة وللمسلمين إليها حاجة جاز الاذن له من غير عوض لأن في ذلك مصلحة للمسلمين وإذا انقضت حاجته لم يمكن من المقام فإن دخل من غير ذمة ولا أمان فللامام أن يختار ما يراه من القتل والاسترقاق والمن والفداء والدليل عليه ماروى ابن عباس في فتح مكة ومجيء أبي سفيان مع العباس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن عمر دخل وقال يارسول الله هذا أبو سفيان قد أمكن الله منه من غير عقد ولا عهد فدعني أضرب عنقه فقال العباس يارسول الله إني قد أجرته ولأنه حربي لا أمان له فكان حكمه ماذكرناه كالأسير وإن دخل وادعى أنه دخل لرسالة قبل قوله لأنه يتعذر إقامة البينة على الرسالة وإن ادعى أنه دخل بأمان مسلم نفيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل قوله لأنه لا يتعذر إقامة البينة على الأمان والثاني أنه يقبل قوله وهو ظاهر المذهب لأن الظاهر أنه لا يدخل من غير أمان وإن أراد الدخول لتجارة ولا حاجة للمسلمين إليها لم يؤذن له إلا بمال يؤخذ من تجارته لأن عمر رضي الله عنه أخذ العشر من أهل الحرب ويستحب أن لا ينقص عن ذلك اقتداء بعمر رضي الله عنه فإن نقص باجتهاده جاز لأن أخذه باجتهاده فكان تقديره إليه ولا يؤخذ مايشترط على الذمي في دخول الحجاز في السنة إلا مرة كما لا تؤخذ الجزية منه في السنة إلا مرة وما يؤخذ من الحربي في دخول دار الاسلام فيه وجهان أحدهما أنه يؤخذ منه في كل سنة مرة كأهل الذمة في الحجاز والثاني أنه يؤخذ منه في كل مرة يدخل لأن الذمي تحت يد الامام ولا يفوت ماشرط عليه بالتأخير والحربي يرجع إلى دار الحرب فإذا لم يؤخذ منه فات ماشرط عليه وإن شرط أن يؤخذ من تجارته أخذ منه باع أو لم يبع وإن شرط أن يؤخذ من ثمن تجارته فكسد المتاع ولم يبع لم يؤخذ منه لأنه لم يحصل الثمن وإن دخل الذمي الحجاز أو الحربي دار الاسلام ولم شرط عليه في دخوله مال لم يؤخذ منه شيء ومن أصحابنا من قال يؤخذ من تجارة الذمي نصف العشر ومن تجارة الحربي العشر لأنه قد تقرر هذا في الشرع بفعل عمر رضي الله عنه فحمل مطلق العقد عليه والمذهب الأول لأنه أمان من غير شرط المال فلم يستحق به مال كالهدنة ؛

(باب الهدنة)

لا يجوز عقد الهدنة لاقليم أو صقع عظيم إلا للامام أو لمن فوض إليه الامام لأنه لو جعل ذلك إلى كل واحد لم يؤمن أن يهادن الرجل أهل إقليم والمصلحة في قتالهم فيعظم الضرر فلم يجز إلا للامام أو للنائب عنه فإن كان الامام مستظهرا نظرت فإن لم يكن في الهدنة مصلحة لم يجز عقدها لقوله عز وجل «فلا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون والله معكم» وإن كان فيها مصلحة بأن يرجو إسلامهم أو بذل الجزية أو معاونتهم على قتال غيرهم جاز أن يهادن أربعة أشهر لقوله عز وجل «براءة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا في الأرض أربعة أشهر» ولا يجوز أن يهادنهم سنة فما زاد لأنها مدة يجب فيها الجزية فلا يجوز إقرارهم فيها من غير جزية وهل يجوز فيما زاد على أربعة أشهر ومادون سنة فيه قولان أحدهما أنه لا يجوز لأن الله تعالى أمر بقتال أهل الكتاب إلى أن يعطوا الجزية لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله» وأمر بقتال عبدة الأوثان إلى أن يؤمنوا لقوله عز وجل «فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم» ثم أذن في الهدنة في أربعة أشهر وبقي مازاد على ظاهر الآيتين والقول الثاني أنه يجوز لأنها مدة تقصر عن مدة الجزية فجاز فيها عقد الهدنة كأربعة أشهر

(ومن باب الهدنة)

أصل الهدنة السكون يقال هدن يهدن هدونا إذا سكن وهدنة أي سكنة يتعدى ولا يتعدى : وهادنته صالحته والاسم منها الهدنة والموادعة بمعنى المهادنة ومعناها المتاركة. والوداع متاركة ومتاركة يقال دعه أي اتركه ولا يستعمل منه ماض ولا مصدر ولا اسم فاعل ولا اسم مفعول (قوله لا يجوز عقد الهدنة لاقليم أو صقع) الاقليم واحد أقاليم الأرض السبعة . والصقع الناحية يقال فلان من أهل هذا الصقع أي من أهل هذه الناحية (قوله فإن كان الامام مستظهرا) أي غالبا من قوله تعالى «فأصبحوا ظاهرين» (قوله فلا تهنوا وتدعوا إلى السلم) لا تهنوا لا تضعفوا والوهن الضعف والسلم بفتح وبكسر وهو الصلح بمعنى المسالمة وترك الحرب (قوله وإن جنحوا للسلم (١) أي مالوا إلى جانب الصلح والجنح الجانب وجنحت الشمس للغروب مالت (قوله براءة من الله) البراءة خروج من الشيء ومفارقة له (قوله فسيحوا في الأرض) اذهبوا آمنين في هذه المدة ؛

---

(١) هذه القولة لا توجد لها مناسبة هنا ؛

وإن كان الإمام غير مستظهر بأن كان فى المسلمين ضعف وقلة وفى المشركين قوة وكثرة أو كان الامام مستظهرا لكن العدو على بعد ويحتاج فى قصدهم إلى مؤنة مجحفة جاز عقد الهدنة إلى مدة تدعو إليها الحاجة وأكثرها عشر سنين لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم هادن قريشا فى الحديبية عشر سنين ولا يجوز فيما زاد على ذلك لأن الأصل وجوب الجهاد إلا فيما وردت فيه الرخصة وهو عشر سنين وبقى مازاد على الأصل وإن عقد على عشر سنين وانقضت والحاجة باقية استأنف العقد فيما تدعو الحاجة إليه وإن عقد على أكثر من عشر سنين بطل فيما زاد على العشر وفى العشر قولان بناء على تفريق الصفقة فى البيع وإن دعت الحاجة إلى خمس سنين لم تجز الزيادة عليها فإن عقد على مازاد على الخمس سنين بطل العقد فيما زاد وفى الخمس قولان فإن عقد الهدنة مطلقا من غير مدة لم يصح لأن إطلاقه يقتضى التأبيد وذلك لا يجوز وإن هادن على أن له أن ينقض إذا شاء جاز لأن النبى صلى الله عليه وسلم وادع يهود خيبر وقال أقركم ما أقركم الله وإن قال غير النبى صلى الله عليه وسلم هادنتكم إلى أن يشاء الله تعالى أو أقررتكم ما أقركم الله تعالى لم يجز لأنه لا طريق له إلى معرفة ما عند الله تعالى ويخالف الرسول صلى الله عليه وسلم فإنه كان يعلم ما عند الله تعالى بالوحى وإن هادنهم ما شاء فلان وهو رجل مسلم أمين عالم له رأى جاز فإن شاء فلان أن ينقض نقض وإن قال هادنتكم ما شئتم لم يصح لأنه جعل الكفار محكمين على المسلمين وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى ويجوز عقد الهدنة على مال يؤخذ منهم لأن فى ذلك مصلحة للمسلمين ولا يجوز بمال يؤدى إليهم من غير ضرورة لأن فى ذلك الحاق صغار بالاسلام فلم يجز من غير ضرورة فإن دعت إلى ذلك ضرورة بأن أحاط الكفار بالمسلمين وخافوا الاصطلام أو أسروا رجلا من المسلمين وخيف تعذيبه جاز بذل المال لاستنقاذه منهم لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن الحرث بن عمرو الغطفانى رئيس غطفان قال للنبى صلى الله عليه وسلم إن جعلت لى شطر ثمار المدينة وإلا لأملأنها عليك خيلا ورجلا فقال النبى صلى الله عليه وسلم حتى أشاور السعدين يعنى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وأسعد بن زرارة فقالوا إن كان هذا بأمر من السماء فتسليم لأمر الله عز وجل وإن كان برأيك فرأينا تبع لرأيك وإن لم يكن بأمر من السماء ولا برأيك فوالله ما كنا نعطيهم فى الجاهلية تمرة إلا شراء أو قراء وكيف وقد أعزنا الله بك فلم يعطهم شيئا فلو لم يجز عند الضرورة لما رجع إلى الأنصار ليدفعوه إن رأوا ذلك ولأن ما يخاف من الاصطلام وتعذيب الأسير أعظم فى الضرورة من بذل المال فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما وهل يجب بذل المال فيه وجهان بناء على الوجهين فى وجوب الدفع عن نفسه وقد بيناه فى الصول فإذا بذل لهم على ذلك مال لم يملكوه لأنه مال مأخوذ بغير حق فلم يملكوه كالمأخوذ بالقهر :

(فصل) ولا يجوز عقد الهدنة على رد من جاء من المسلمات لأن النبى صلى الله عليه وسلم عقد الصلح بالحديبية فجاءت أم كلثوم بنت عقبة بن أبى معيط مسلمة فجاء أخواها فطلباها فأنزل الله عز وجل فلا ترجعوهن إلى الكفار فقال النبى صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى منع من الصلح فى النساء ولأنه لا يؤمن أن تزوج بمشرك فيصيبها ولا يؤمن أن تفتن فى دينها لنقصان عقلها ولا يجوز عقدها على رد من لا عشيرة له من الرجال تمنع عنه لأنه لا يأمن على نفسه فى إظهار دينه فيما بينهم ويجوز عقدها على رد من له عشيرة تمنع عنه لأنه يأمن على نفسه فى إظهار دينه ولا يجوز عقدها مطلقا على رد من جاء من الرجال مسلما لأنه يدخل فيه من يجوز رده ومن لا يجوز :

(فصل) وإن عقدت الهدنة على مالا يجوز مما ذكرناه أو عقدت الذمة على مالا يجوز من النقصان عن دينار فى الجزية أو المقام فى الحجاز أو الدخول إلى الحرم أو بناء كنيسة فى دار الإسلام أو ترك الغيار أو إظهار الخمر والخنزير فى دار الاسلام وجب نقضه لقوله صلى الله عليه وسلم «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» ولما روى عن عمر رضى الله عنه أنه خطب الناس وقال ردوا الجهالات إلى السنة ولأنه عقد على محرم فلم يجز الاقرار عليه كالبيع بشرط باطل أو عوض محرم :

(فصل) وإن عقدت الهدنة على ما يجوز إلى مدة وجب الوفاء بها إلى أن تنقضى المدة ما أقاموا على العهد لقوله عز وجل

(قوله مجحفة) أى تذهب بالمال وقد ذكر (قوله وخافوا الاصطلام) هو الاستئصال بالقتل وغيره والطاء بدل من التاء وأصله استئصال قطع الأذن يقال ظليم مصطلم وهو خلقة فيه : والظليم ذكر النعام :

أوفوا بالعقود ولقوله تعالى «وبشر الذين كفروا بعذاب أليم إلا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين ولقوله عز وجل فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم وروى سليمان ابن عامر قال كان بين معاوية وبين الروم هدنة فسار معاوية فى أرضهم كأنه يريد أن يغير عليهم فقال له عمرو بن عبسة سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يحل عقدة ولا يشدها حتى يمضى أمدها أو ينبذ إليهم على سواء قال فانصرف معاوية ذلك العام ولأن الهدنة عقدت لمصلحة المسلمين فإذا لم يف لهم عند قدرتنا عليهم لم يفوا لنا عند قدرتهم علينا فيؤدى ذلك إلى الإضرار بالمسلمين وإن مات الإمام الذى عقد الهدنة وولى غيره لزمه إمضاؤه لما روى أن نصارى نجران أتوا عليا كرم الله وجهه وقالوا إن الكتاب كان بيديك والشفاعة إليك وإن عمر أجلانا من أرضنا فردنا إليها فقال على إن عمر كان رشيدا فى أمره وإنى لا أغير أمرا فعله عمر رضى الله عنه :

(فصل) ويجب على الامام منع من يقصدهم من المسلمين ومن معهم من أهل الذمة لأن الهدنة عقدت على الكف عنهم ولا يجب عليه منع من قصدهم من أهل الحرب ولا منع بعضهم من بعض لأن الهدنة لم تعقد على حفظهم وإنما عقدت على تركهم بخلاف أهل الذمة فإن أهل الذمة عقدت على حفظهم فوجب منع كل من يقصدهم ويجب على المسلمين ومن معهم من أهل الذمة ضمان أنفسهم وأموالهم والتعزير بقذفهم لأن الهدنة تقتضى الكف عن أنفسهم وأموالهم وأعراضهم فوجب ضمان ما يجب فى ذلك :

(فصل) إذا جاءت منهم حرة بالغة عاقلة مسلمة مهاجرة إلى بلد فيه الامام أو نائب عنه ولها زوج مقيم على الشرك وقد دخل بها وسلم إليها مهرا حلالا فجاء زوجها فى طلبها فهل يجب رد ما سلم إليها من المهر فيه قولان أحدهما يجب لقوله تعالى عز وجل فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولأن البضع مقوم حيل بينه وبين مالكه فوجب رد بدله كما لو أخذ منهم مالا وتعذر رده والقول الثانى وهو الصحيح وهو اختيار المزنى أنه لا يجب لأن البضع ليس بمال والأمان لا يدخل فيه إلا المال ولهذا لو أمن مشركا لم تدخل امرأته فى الأمان ولأنه لو ضمن البضع الحيلولة لضمن بمهر المثل كما يضمن المال عند تعذر الرد بالمثل بقيمته ولا خلاف أنه لا يضمن البضع بمهر المثل فلم يضمن بالمسمى وأما الآية فإنها نزلت فى صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية قبل تحريم رد النساء وقد منع الله تعالى من ذلك بقوله تعالى فلا ترجعوهن إلى الكفار فسقط ضمان المهر فإن قلنا لا يجب رد المهر فلا تفريع وإن قلنا إنه يجب وعليه التفريع وجب ذلك فى خمس الخمس لأنه مال يجب على سبيل المصلحة فوجب فى خمس الخمس وإن لم يكن قد دفع إليها المهر لم يجب له المهر لقوله تعالى وآتوهم ما أنفقوا وهذا لم ينفق وإن دفع إليها مهرا حراما كالخمر والخنزير لم يجب له شىء لأنه لا قيمة لما دفع إليها فصار كما لو لم يدفع إليها شيئا فإن دفع إليها بعض مهرها لم يجب له أكثر منه لأن الوجوب يتعلق بالمدفوع فلم يجب إلا ما دفع وإن جاءت إلى بلد ليس فيها إمام ولا نائب عنه لم يجب رد المهر لأنه يجب فى سهم المصالح وذلك إلى الامام أو النائب عنه فلم يطالب به غيره :

(فصل) وإن جاءت مسلمة عاقلة ثم جنت وجب رد المهر لأن الحيلولة حصلت بالإسلام وإن جاءت مجنونة ووصفت الاسلام ولم يعلم هل وصفته فى حال عقلها أو فى حال جنونها لم ترد إليه لجواز أن يكون وصفته فى حال عقلها فإذا ردت إليهم خدعوها وزهدوها فى الاسلام فلم يجز ردها احتياطا للاسلام وإن أفاقت ووصفت الكفر وقالت إنها لم تزل كافرة ردت إلى زوجها وإن وصفت الاسلام لم ترد فإذا جاء الزوج فى طلبها دفع إليه مهرها لأنه حيل بينهما بالاسلام وإن طلب مهرها

(قوله ولم يظاهروا عليكم أحدا) أى لم يعاونوا . والمظاهرة المعاونة . والظهير العون قال الله تعالى وأنزل الذين ظاهروهم من أهل الكتاب (قوله أو ينبذ إليهم على سواء) قال المفسرون فى تفسير قوله تعالى فانبذ إليهم على سواء أى اطرح إليهم عهدهم حتى تكون أنت وهم فى العلم سواء ، وأصله الوسط وحقيقته العدل ومنه «فى سواء الجحيم» أى وسطه (قوله وأن عمر أجلانا من أرضنا) أى أخرجنا منها قال الله تعالى «ولولا أن كتب الله عليهم الجلاء» وهو الخروج عن الأوطان . تقول العرب إما حرب مجلية أو سلم مخزية. معناه إما حرب أو دمار وخروج عن الديار ، وإما صلح وقرار على صغار .

قبل الافاقة لم يدفع إليه لأن المهر يجب بالحيلولة وذلك لايتحقق قبل الافاقة لجواز أن تفيق وتصف الكفر فترد إليه فلم يجب مع الشك :

(فصل) فإن جاءت صبية ووصفت الاسلام لم ترد إليهم وإن لم يحكم باسلامها لأنا نرجو إسلامها فإذا ردت إليهم خدعوها وزهدوها في الاسلام فإن بلغت ووصفت الكفر قرعت فإن أقامت على الكفر ردت إلى زوجها فإن وصفت الاسلام دفع إلى زوجها المهر لأنه تحقق المنع بالاسلام فإن جاء يطلب مهرها قبل البلوغ ففيه وجهان أحدهما أنه يدفع إليه مهرها لأنها منعت منه بوصف الاسلام فهي كالبالغة والثانى أنه لايدفع لأن الحيلولة لاتتحقق قبل البلوغ لجواز أن تبلغ وتصف الكفر فترد إليه فلم يجب المهر كما قلنا فى المجنونة :

(فصل) وإن جاءت مسلمة ثم ارتدت لم ترد إليهم لأنه يجب قتلها وإن جاء زوجها يطلب مهرها فإن كان بعد القتل لم يجب دفع المهر لأن الحيلولة حصلت بالقتل وإن كان قبل القتل ففيه وجهان أحدهما أنه يجب لأن المنع وجب بحكم الاسلام والثانى لايجب لأن المنع وجب لإقامة الحد لا بالاسلام :

(فصل) وإن جاءت مسلمة ثم جاء زوجها ومات أحدهما فإن كان الموت بعد المطالبة بها وجب المهر لأن الحيلولة حصلت بالاسلام وإن كان قبل المطالبة لم يجب لأن الحيلولة حصلت بالموت :

(فصل) فإن أسلمت ثم طلقها الزوج فإن كان الطلاق بائنا فهو كالموت وقد بيناه وإن كان رجعيا لم يجب دفع المهر لأنه تركها برضاه وإن راجعها ثم طالب بها وجب دفع المهر لأنه حيل بينهما بالاسلام وإن جاءت مسلمة ثم أسلم الزوج فإن أسلم قبل انقضاء العدة لم يجب المهر لاجتماعهما على النكاح وإن أسلم بعد انقضاء العدة فإن كان قد طالب بها قبل انقضاء العدة وجب المهر لأنه وجب قبل البينونة وإن طالب بعد انقضاء العدة لم يجب لأن الحيلولة حصلت بالبينونة باختلاف الدين .

(فصل) وإن هاجرت منهم أمة وجاءت إلى بلد فيه الامام نظرت فإن فارقتهم وهى مشركة ثم أسلمت صارت حرة لأنا بينا أن الهدنة لاتوجب أمان بعضهم من بعض فملكت نفسها بالقهر فإن جاء مولاها فى طلبها لم ترد عليه لأنها أجنبية منه لاحق له فى رقبتها ولأنها مسلمة فلايجوز ردها إلى مشرك وإن طلب قيمتها فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمه الله فيها قولين كالحرة إذا هاجرت وجاء الزوج يطالب مهرها والصحيح أنه لاتجب قيمتها قولا واحدا وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى رحمه الله لأن الحيلولة حصلت بالقهر قبل الاسلام وتخالف الحرة فإنها منعت بالاسلام والأمة منعت بالملك وقد زال الملك فيها قبل الاسلام وإن أسلمت وهى عندهم ثم هاجرت لم تصر حرة لأنهم فى أمان منا وأموالهم محظورة علينا فلم يزل الملك فيها بالهجرة فإن جاء مولاها فى طلبها لم ترد إليه لأنها مسلمة فلم يجز ردها إلى مشرك وإن طلب قيمتها وجب دفعها إليه كما لو غصب منهم مال وتلف وإن كانت الأمة مزوجة من حر فجاء زوجها فى طلبها لم ترد إليه وإن طالب مهرها فعلى القولين فى الحرة وإن كانت مزوجة من عبد فعلى القولين أيضا إلا أنه لايجب دفع المهر إلا أن يحضر الزوج فيطالب بها لأن البضع له فلا يملك المولى المطالبة به ويحضر المولى ويطالب بالمهر لأن المهر له فلا يملك الزوج المطالبة به :

(فصل) وإن هاجر منهم رجل مسلم فإن كان له عشيرة تمنع عنه جاز له العود إليهم والأفضل أن لايعود وقد بينا ذلك فى أول السير فإن عقد الهدنة على رده واختار العود لم يمنع لأن النبى صلى الله عليه وسلم أذن لأبى جندل وأبى بصير فى العود وإن اختار المقام فى دار الاسلام لم يمنع لأنه لايجوز إجبار المسلم على الانتقال إلى دار الشرك وإن جاء من يطلبه قلنا للمطالب إن قدرت على رده لم نمنعك منه وإن لم تقدر لم نعنك عليه ونقول للمطلوب فى السر إن رجعت إليهم ثم قدرت أن تهرب منهم وترجع إلى دار الاسلام كان أفضل لأن النبى صلى الله عليه وسلم رد أبا بصير فهرب منهم وأتى النبى صلى الله عليه وسلم وقال قد وفيت لهم ونجانى الله منهم .

(فصل) ومن أتلف منهم على مسلم مالا وجب عليه ضمانه وإن قتله وجب عليه القصاص وإن قذفه وجب عليه الحد لأن

(قوله زهدوها فى الاسلام) أى قللوا رغبتها فيه : زهدت فى الشىء وعن الشىء لم أرغب فيه :

الهدنة تقتضى أمان المسلمين فى النفس والمال والعرض فلزمهم ما يجب فى ذلك ومن شرب منهم الخمر أو زنى لم يجب عليه الحد لأنه حق لله تعالى ولم يلتزم بالهدنة حقوق الله تعالى فإن سرق مالا لمسلم ففيه قولان أحدهما أنه لا يجب عليه القطع لأنه حد خالص لله تعالى فلم يجب عليه كحد الشرب والزنا والثانى أنه يجب عليه لأنه حد يجب لصيانة حق الآدمى فوجب عليه كحد القذف :

(فصل) إذا نقض أهل الهدنة عهدهم بقتال أو مظاهرة عدو أو قتل مسلم أو أخذ مال انتقضت الهدنة لقوله عز وجل «فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم» فدل على أنهم إذا لم يستقيموا لنا لم نستقم لهم لقوله عز وجل «إلا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم» فدل على أنهم إن ظاهروا علينا أحدا لم تتم إليهم عهدهم ولأن الهدنة تقتضى الكف عنا فانتقضت بتركه ولا يفتقر نقضها إلى حكم الامام بنقضها لأن الحكم إنما يحتاج إليه فى أمر محتمل وما تظاهروا به لا يحتمل غير نقض العهد وإن نقض بعضهم وسكت الباقون ولم ينكروا ما فعل الناقض انتقضت الهدنة فى حق الجميع والدليل عليه أن ناقة صالح عليه السلام عقرها القدار العيزار بن سالف وأمسك عنها القوم فأخذهم الله تعالى جميعهم به فقال الله عز وجل «فدمدم عليهم ربهم بذنبهم فسواها ولا يخاف عقباها» ولأن النبى صلى الله عليه وسلم وادع بنى قريظة وأعان بعضهم أبا سفيان بن حرب على حرب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخندق وقيل إن الذى أعان منهم ثلاثة حيى بن أخطب وأخوه وآخر معهم فنقض النبى صلى الله عليه وسلم عهدهم وغزاهم وقتل رجالهم وسبى ذراريهم ولأن النبى صلى الله عليه وسلم هادن قريشا بالحديبية وكان بنو بكر حلفاء قريش وخزاعة حلفاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فحاربت بنو بكر خزاعة وأعان نفر من قريش بنى بكر على خزاعة وأمسك سائر قريش فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ذلك نقضا لعهدهم وسار إليهم حتى فتح مكة ولأنه لما كان عقد بعضهم الهدنة أمانا لمن عقد ولمن أمسك وجب أن يكون نقض بعضهم نقضا لمن نقض ولمن أمسك وإن نقض بعضهم العهد وأنكر الباقون أو اعتزلوهم أو راسلوا إلى الامام بذلك انتقض عهد من نقض وصار حربا لنا بنقضه ولم ينتقض عهد من لم يرض لأنه لم ينقض العهد ولا رضى بفعل من نقض فان كان من لم ينقض مختلطا بمن نقض أمر من لم ينقض بتسليم من نقض إن قدروا أو بالتميز عنهم فان لم يفعلوا أحد هذين مع القدرة عليه انتقضت هدنتهم لأنهم صاروا مظاهرين لأهل الحرب وإن لم يقدروا على ذلك كان حكمهم حكم من أسره الكفار من المسلمين وقد بيناه فى أول السير وإن أسر الإمام قوما منهم وادعوا أنهم ممن لم ينقض العهد وأشكل عليه حالهم قبل قولهم لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهتهم :

(فصل) وإن ظهر منهم من يخاف معه الخيانة جاز للامام أن ينبذ إليهم عهدهم لقوله عز وجل «وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء إن الله لا يحب الخائنين» ولا تنتقض الهدنة إلا أن يحكم الامام بنقضها لقوله عز وجل «فانبذ إليهم على سواء» ولأن نقضها لخوف الخيانة وذلك يفتقر إلى نظر واجتهاد فافتقر إلى الحاكم وإن خاف من أهل الذمة خيانة لم ينبذ إليهم والفرق بينهم وبين عقد أهل الهدنة أن النظر فى عقد الذمة وجب لهم ولهذا إذا طلبوا عقد الذمة وجب العقد لهم فلم ينقض لخوف الخيانة والنظر فى عقد الهدنة لنا ولهذا لو طلبوا الهدنة كان النظر فيها إلى الامام وإن رأى عقدها عقد وإن لم ير عقدها لم يعقد فكان النظر إليه فى نقضها عند الخوف ولأن أهل الذمة فى قبضته فإذا ظهرت منهم خيانة أمكن استدراكها وأهل الهدنة خارجون عن قبضته فإذا ظهرت خيانتهم لم يمكن استدراكها فجاز نقضها بالخوف وإن لم يظهر منهم ما يخاف معهم الخيانة لم يجز نقضها لأن الله تعالى أمر بنبذ العهد عند الخوف فدل على أنه لا يجوز مع عدم الخوف ولأن نقض الهدنة من غير سبب يبطل مقصود الهدنة ويمنع الكفار من الدخول فيها والسكون إليها إذا نقض الهدنة عند خوف الخيانة ولم يكن عليهم حق ردهم إلى مأمنهم لأنهم دخلوا على أمان فوجب ردهم إلى المأمن وإن كان عليهم حق استوفاه منهم ثم ردهم إلى مأمنهم :

(فصل) إذا دخل الحربى دار الاسلام بأمان فى تجارة أو رسالة ثبت له الأمان فى نفسه وماله ويكون حكمه فى ضمان النفس

(قوله والمال والعرض) [الأمان فى العرض] هو أن لا يذكر سلفه وآباءه وأن لا يذكر نفسه بسوء وبما يزل قدره ومحله (قوله فدمدم عليهم ربهم) قال الجوهرى دمدمت الشىء إذا ألصقته بالأرض وطحطحته . وقال العزيزى أرجف أرضهم وحركها عليهم . وقال الأزهرى أطبق عليهم والكل معناه أهلكهم . فسواها أى سواها بالأرض قال الشاعر :

فدمدموا بعدما كانوا ذوى نعم   وعيشة أسكنوا من بعدها الحفرا

والمال ومايجب عليه من الضمان والحدود حكم المهادن لأنه مثله فى الأمان فكان مثله فيما ذكرناه وإن عقد الأمان ثم عاد إلى دار الحرب فى تجارة أورسالة فهو على الأمان فى النفس والمال كالذمى إذا خرج إلى دار الحرب فى تجارة أو رسالة وإن رجع إلى دار الحرب بنية المقام وترك ماله فى دار الاسلام انتقض الأمان فى نفسه ولم ينتقض فى ماله فإن قتل أو مات انتقل المال إلى وارثه وهل يغنم أم لا فيه قولان قال فى سير الواقدى ونقله المزنى أنه يغنم ماله وينتقل إلى بيت المال فيئا وقال فى المكاتب يرد إلى ورثته فذهب أكثر أصحابنا إلى أنها على قولين أحدهما أنه يرد إلى ورثته وهو اختيار المزنى والدليل عليه أن المال لوارثه ومن ورث مالا ورثه بحقوقه وهذا الأمان من حقوق المال فوجب أن يورث . والقول الثانى أنه يغنم وينتقل إلى بيت المال فيئا ووجهه أنه لما مات انتقل ماله إلى وارثه وهو كافر لاأمان له فى نفسه ولا فى ماله فكان غنيمة وقال أبو على بن خيران المسألة على اختلاف حالين فالذى قال يغنم إذا عقد الأمان مطلقا ولم يشرط لوارثه والذى قال لا يغنم إذا عقد الأمان لنفسه ولوارثه وليس للشافعى رحمه الله مايدل على هذه الطريقة وأما إذا مات فى دار الاسلام فقد قال فى سير الواقدى إنه يرد إلى ورثته واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال هو أيضا على قولين كالتى قبلها والشافعى نص على أحد القولين ومنهم من قال يرد إلى وارثه قولا واحدا والفرق بين المسألتين أنه إذا مات فى دار الاسلام مات على أمانه فكان ماله على الأمان وإذا مات فى دار الحرب فقد مات بعد زوال أمانه فبطل فى أحد القولين أمان ماله فان استرق زال ملكه عن المال بالاسترقاق وهل يغنم فيه قولان أحدهما يغنم فيئا لبيت المال والقول الثانى أنه موقوف لأنه لا يمكن نقله إلى الوارث لأنه حى ولا إلى مسترقه لأنه مال له أمان فإن عتق دفع المال إليه بملكه التقديم وإن مات عبدا ففى ماله قولان حكاهما أبو على بن أبى هريرة أحدهما أنه يغنم فيئا ولا يكون موروثا لأن العبد لا يورث والثانى أنه لوارثه لأنه ملكه فى حريته .

(فصل) فان اقترض حربى من حربى مالا ثم دخل إلينا بأمان أو أسلم فقد قال أبو العباس عليه رد البدل على المقرض لأنه أخذه على سبيل المعاوضة فلزمه البدل كما لو تزوج حربية ثم أسلم قال ويحتمل أنه لا يلزمه البدل فإن الشافعى رحمه الله قال فى النكاح إذا تزوج حربى حربية ودخل بها وماتت ثم أسلم الزوج أو دخل إلينا بأمان فجاء وارثها يطلب ميراثه من صداقها أنه لا شىء له لأنه مال فات فى حال الكفر قال والأول أصح ويكون تأويل المسألة أن الحربى تزوجها على غير مهر فان دخل مسلم دار الحرب بأمان فسرق منهم مالا أو اقترض منهم مالا وعاد إلى دار الاسلام ثم جاء صاحب المال إلى دار الاسلام بأمان وجب على المسلم رد ما سرق أو اقترض لأن الأمان يوجب ضمان المال فى الجانبين فوجب رده .

(باب خراج السواد)

سواد العراق ما بين عبادان إلى الموصل طولا ومن القادسية إلى حلوان عرضا قال الساجى هو اثنان وثلاثون ألف ألف جريب وقال أبو عبيد هو ستة وثلاثون ألف ألف جريب وفتحها عمر رضى الله عنه وقسمها بين الغانمين ثم سألهم أن يردوا ففعلوا والدليل عليه ماروى قيس بن أبى حازم البجلى قال كنا ربع الناس فى القادسية فأعطانا عمر رضى الله عنه ربع السواد وأخذناها ثلاث سنين ثم وفد جرير بن عبد الله البجلى إلى عمر رضى الله عنه بعد ذلك فقال أما والله لولا أنى قاسم مسئول لكنتم على ماقسم لكم وأرى أن تردوا على المسلمين ففعلوا ولا تدخل فى ذلك البصرة وإن كانت داخلا فى حد السواد لأنها كانت أرضا سبخة فأحياها عثمان بن أبى العاص الثقفى وعتبة بن غزوان بعد الفتح إلا مواضع من شرقى دجلتها تسميها أهل البصرة الفرات ومن غربى دجلتها نهر يعرف بنهر المرة واختلف أصحابنا فيما فعل عمر رضى الله عنه فيما فتح من أرض السواد فقال

(ومن باب خراج السواد)

الخراج الاتاوة وهو مايؤخذ من الأرض أو من الكفار بسبب الأمان : قال الأزهرى الخراج يقع على الضريبة ويقع على مال الفىء ويقع على الجزية : وسواد العراق قراها ومزارعها سميت سوادا لكثرة خضرتها والعرب تقول لكل أخضر أسود (قوله جريب) الجريب قطعة من الأرض معلومة المساحة : قيل إنها قطعة مربعة كل جانب منها ستون ذراعا فيصير ثلاثة آلاف لبنة وستمائة لبنة ، والجمع أجربة وجربان (قوله أرضا سبخة) هى المتغيرة التربة التى لاتنبت شيئا (قوله بنهر المرة) منسوب إلى مرة بن عثمان مولى عبد الرحمن بن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أقطعه يزيد بوصاة من عائشة رضى الله عنها ذكره

أبو العباس وأبو إسحاق باعها من أهلها وما يؤخذ من الخراج ثمن والدليل عليه أن من لدن عمر إلى يومنا هذا ابتاع وتبتاع من غير إنكار وقال أبو سعيد الاصطخرى وقفها عمر رضى الله عنه على المسلمين فلا يجوز بيعها ولا شراؤها ولا هبتها ولا رهنها وإنما تنتقل من يد إلى يد ومايؤخذ من الخراج فهو أجرة وعليه نص فى سير الواقدى والدليل عليه ماروى بكير بن عامر عن عامر قال اشترى عقبة بن فرقد أرضا من أرض الخراج فأتى عمر فأخبره فقال ممن اشتريتها قال من أهلها قال فهؤلاء أهلها المسلمون أبعتموه شيئا قالوا لا قال فاذهب فاطلب مالك فإذا قلنا إنه وقف فهل تدخل المنازل فى الوقف فيه وجهان أحدهما أن الجميع وقف والثانى أنه لا يدخل فى الوقف غير المزارع لأنا لو قلنا إن المنازل دخلت فى الوقف أدى إلى خرابها وأما الثمار فهل يجوز لمن هى فى يده الانتفاع بها فيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز وعلى الامام أن يأخذها ويبيعها ويصرف ثمنها فى مصالح المسلمين والدليل عليه ماروى الساجى فى كتابه عن أبى الوليد الطيالسى أنه قال أدركت الناس بالبصرة ويحمل إليهم التمر من الفرات فيؤتى به ويطرح على حافة الشط ويلقى عليه الحشيش ولا يطير ولا يشترى منه إلا أعرابى أو من يشتريه فينبذه وما كان الناس يقدمون على شرائه والوجه الثانى أنه يجوز لمن فى يده الأرض الانتفاع بثمرتها لأن الحاجة تدعو إليه فجاز كما تجوز المساقاة والمضاربة على جزء مجهول ؞

(فصل) ويؤخذ الخراج من كل جريب شعير درهمان ومن كل جريب حنطة أربعة دراهم ومن كل جريب شجر وقصب وهو الرطبة ستة دراهم واختلف أصحابنا فى خراج النخل والكرم فمنهم من قال يؤخذ من كل جريب نخل عشرة دراهم ومن كل جريب كرم ثمانية دراهم لما روى مجاهد عن الشعبى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعث عثمان بن حنيف فجعل على جريب الشعير درهمين وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم وعلى جريب الشجر والقصب ستة دراهم وعلى جريب الكرم ثمانية دراهم وعلى جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب الزيتون اثنى عشر ومنهم من قال يجب على جريب الكرم عشرة وعلى جريب الزيتون اثناعشر ومنهم من قال يجب على جريب الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية لما روى أبو قتادة عن لاحق بن حميد يعنى أبا مجلز قال بعث عمر بن الخطاب رضى الله عنه عثمان بن حنيف وفرض على جريب الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية وعلى جريب البر أربعة وعلى جريب الشعير درهمين وعلى جريب القصب ستة وكتب بذلك إلى عمر رضى الله عنه فأجازه ورضى به وروى عباد بن كثير عن قحزم قال جبى عمر رضى الله عنه العراق مائة ألف ألف وسبعة وثلاثين ألف ألف وجباها عمر بن عبد العزيز مائة ألف وأربعة وعشرون ألف ألف وجباها الحجاج ثمانية عشر ألف ألف وما يؤخذ من ذلك يصرف فى مصالح المسلمين الأهم فالأهم لأنه للمسلمين فصرف فى مصالحهم ، والله أعلم ؞

﴿ كتاب الحدود ﴾

(باب حد الزنا)

الزنا حرام وهو من الكبائر العظام والدليل عليه قوله عز وجل «ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا» وقوله تعالى «والذين

ابن قتيبة فى المعارف ومن قال نهر المرأة فهو خطأ (قوله حافة الشط) حافة كل شىء جانبه والشط والشاطىء مايلى النهر والبحر من البر الذى لا يصله الماء (قوله لا يطير) أى لا تطير عليه السهام فى المقاسمة بالقرعة لأنهم كانوا لا يرونه حلالا والتطير القسمة وفى حديث على فى الحلة السيراء فأطرتها بين نسائى أى قسمتها بينهن وقيل لا يزجر عنه الطير ولا يمنع استهانة به وتركا له لذلك (قوله القصب) سمى قصبا لأنه يقضب كل حين أى يقطع (قوله فأجازه) أى قبله وحكم به : والجائز ماقبله الشرع وساغ فيه الاجتهاد اهـ :

(ومن كتاب الحدود)

أصل الحد فى اللغة المنع وقيل للبواب حداد لأنه يمنع من يدخل الدار من غير أهلها قال الأعشى :

فقمنا ولما يصح ديكنا إلى جونة عند حدادها

وسمى الحديد حديدا لمنعه من السلاح ووصوله إلى لابسه : وحد الشىء يمنع أن يدخل فيه ماليس منه وأن يخرج منه ماهو منه : والحد

لايدعون مع الله إلها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما وروى عبد الله قال سألت النبى صلى الله عليه وسلم أى الذنب أعظم عند الله عز وجل قال أن تجعل لله ندا وهو خلقك قلت إن ذلك لعظيم قال قلت ثم أى قال أن تقتل ولدك مخافة أن يأكل معك قال قلت ثم أى قال أن تزانى حليلة جارك :

(فصل) إذا وطئ رجل من أهل دار الإسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد وغير ملك ولا شبهة ملك وهو عاقل بالغ مختار عالم بالتحريم وجب عليه الحد فإن كان محصنا وجب عليه الرجم لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال قال عمر لقد خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائلهم ما نجد الرجم فى كتاب الله فيضلون ويتركون فريضة أنزلها الله ألا إن الرجم إذا أحصن الرجل وقامت البينة أو كان الحمل أو الاعتراف وقد قرأتها الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا ولا يجلد المحصن مع الرجم لما روى أبو هريرة وزيد بن خالد الجهنى رضى الله عنهما قالا كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام إليه رجل فقال إن ابنى كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته فقال على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فغدا عليها فاعترفت فرجمها ولو وجب الجلد مع الرجم لأمر به :

(فصل) والمحصن الذى يرجم هو أن يكون بالغا عاقلا حرا وطئ فى نكاح صحيح فإن كان صبيا أو مجنونا لم يرجم لأنهما ليسا من أهل الحد وإن كان مملوكا لم يرجم وقال أبو ثور إذا أحصن بالزوجية رجم لأنه حد لا يتبعض فاستوى فيه الحر والعبد كالقطع فى السرقة وهذا خطأ لقوله عز وجل «فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب» فأوجب مع الإحصان خمسين جلدة وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد ولأن الرجم أعلى من جلد مائة فإذا لم يجب على المملوك جلد مائة فلأن لا يجب الرجم أولى ويخالف القطع فى السرقة فإنه ليس فى السرقة حد غير القطع فلو أسقطناه سقط الحد وفى ذلك فساد وليس كذلك الزنا فان فيه حدا غير الرجم فإذا أسقطناه لم يسقط الحد وأما من لم يطأ فى النكاح الصحيح فليس بمحصن وإذا زنى لم يرجم لما روى مسروق عن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزانى والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة» ولا خلاف أن المراد بالثيب الذى وطئ فى نكاح صحيح واختلف أصحابنا هل يكون من شرطه أن يكون الوطء بعد كماله بالبلوغ والعقل والحرية أم لا فمنهم من قال ليس من شرطه أن يكون الوطء بعد الكمال فلو وطئ وهو صغير أو مجنون أو مملوك ثم كمل فزنى رجم لأنه وطء أبيح للزوج الأول فثبت به الإحصان كما لو وطئ بعد الكمال ولأن النكاح يجوز أن يكون قبل الكمال فكذلك الوطء ومنهم من قال من شرطه أن يكون الوطء بعد الكمال فان وطئ فى حال الصغر أو الجنون أو الرق ثم كمل وزنى لم يرجم وهو ظاهر النص والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال خذوا عنى خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم فلو جاز أن يحصن الوطء فى حال النقصان لما علق الرجم بالزنا ولأن الإحصان كمال فشرط أن يكون وطؤه فى حال الكمال فعلى هذا إذا وطئ فى نكاح صحيح فان كانا حرين بالغين عاقلين صارا محصنين وإن كانا مملوكين أو صغيرين أو مجنونين لم يصيرا محصنين وإن كان أحدهما حرا بالغا عاقلا والآخر مملوكا أو صغيرا أو مجنونا ففيه قولان أحدهما أن الكامل منهما محصن والناقص منهما غير

فى الشرع يمنع المحدود من العود إلى ما كان ارتكبه وكذا السجان سمى حدادا لهذا المعنى قال الشاعر :

لقد ألف الحداد بين عصابة   نسائل فى الأقياد ماذا ذنوبها

(قوله أن تجعل لله ندا) الند المثل والنظير وكذلك النديد والنديدة (قوله وجب عليه الرجم) وأصله الرمى بالرجام وهى الحجارة الضخام : وكل رجم فى القرآن فمعناه القتل : وأما الجلد فمأخوذ من جلد الإنسان وهو الضرب الذى يصل إلى جلده : قال الجوهرى جلده الحد جلدا أى ضربه وأصاب جلده كقولك رأسه وبطنه : وإنما جعلت العقوبة فى الزنا بذلك ولم تجعل بقطع آلة الزنا كما جعلت عقوبة السرقة والمحاربة بقطع آلة السرقة وهى اليد والرجل لأنه يؤدى إلى قطع النسل ولعل قطع يد السارق يكون عاما فى السارق والسارقة وقطع الذكر يختص بالرجل دون المرأة (قوله كان عسيفا) العسيف الأجير والجمع عسفاء قال :

أطعت النفس فى الشهوات حتى   أعادتنى عسيفا عند عبدى

محصن وهو الصحيح لأنه لما جاز أن يجب بالوطء الواحد الرجم على أحدهما دون الآخر جاز أن يصير أحدهما بالوطء الواحد محصنا دون الآخر والقول الثاني أنه لا يصير واحد منهما محصنا لأنه وطء لا يصير به أحدهما محصنا فلم يصر الآخر به محصنا كوطء الشبهة ولا يشترط في إحصان الرجم أن يكون مسلما لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بيهوديين زنيا فأمر برجمهما

(فصل) وإن كان غير محصن نظرت فإن كان حرا جلد مائة وغرب سنة لقوله عز وجل الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وروى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم وإن كان مملوكا جلد خمسين عبدا كان أو أمة لقوله عز وجل فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فجعل ما على الأمة نصف ما على الحرة لنقصانها بالرق والدليل عليه أنها لو أعتقت كمل حدها والعبد كالأمة في الرق فوجب عليه نصف ما على الحر وهل يغرب العبد بعد الجلد فيه قولان أحدهما أنه لا يغرب لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد ولم يذكر النفي ولأن القصد بالتغريب تعذيبه بالإخراج عن الأهل والمملوك لا أهل له والقول الثاني أنه يغرب وهو الصحيح لقوله عز وجل فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولأنه حد يتبعض فوجب على العبد كالجلد فإذا قلنا إنه يغرب ففي قدره قولان أحدهما أنه يغرب سنة لأنها مدة مقدرة بالشرع فاستوى فيها الحر والعبد كمدة العنين والثاني أنه يغرب نصف سنة للآية ولأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كالجلد :

(فصل) وإن زنى وهو بكر فلم يحد حتى أحصن وزنى ففيه وجهان أحدهما أنه يرجم ويدخل فيه الجلد والتغريب لأنهما حدان يجبان بالزنا فتداخلا كما لو وجب حدان وهو بكر والثاني أنه لا يدخل فيه لأنهما حدان مختلفان فلم يدخل أحدهما في الآخر كحد السرقة والشرب فعلى هذا يجلد ثم يرجم ولا يغرب لأن التغريب يحصل بالرجم :

(فصل) والوطء الذي يجب به الحد أن يغيب الحشفة في الفرج فإن أحكام الوطء تتعلق بذلك ولا تتعلق بما دونه ويجب بالوطء في الفرج من الحد يجب بالوطء في الدبر لأنه فرج مقصود فتعلق الحد بالإيلاج فيه كالقبل ولأنه إذا وجب بالوطء في القبل وهو مما يستباح فلأن يجب بالوطء في الدبر وهو مما لا يستباح أولى :

(فصل) ولا يجب على الصبي والمجنون حد الزنا لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولأنه إذا سقط عنه التكليف في العبادات والمأثم في المعاصي فلأن يسقط الحد ومبناه على الدرء والاسقاط أولى وفي السكران قولان وقد بيناهما في الطلاق :

(فصل) ولا يجب على المرأة إذا أكرهت على التمكين من الزنا لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولأنها مسلوبة الاختيار فلم يجب عليها الحد كالنائمة وهل يجب على الرجل إذا أكره على الزنا فيه وجهان أحدهما وهو المذهب أنه لا يجب عليه لما ذكرناه في المرأة والثاني أنه يجب لأن الوطء لا يكون إلا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار :

(فصل) ولا يجب على من لا يعلم تحريم الزنا لما روى سعيد بن المسيب قال ذكر الزنا بالشام فقال رجل زنيت البارحة فقالوا ما تقول قال ما علمت أن الله عز وجل حرمه فكتب بها إلى عمر فكتب إن كان يعلم أن الله حرمه فحدوه وإن لم يكن قد علم فأعلموه فإن عاد فارجموه وروى أن جارية سوداء رفعت إلى عمر رضي الله عنه وقيل إنها زنت فخفقها بالدرة خفقات وقال أي لكاع زنيت فقالت من غوش بدرهمين تخبر بصاحبها الذي زنى بها ومهرها الذي أعطاها فقال عمر رضي الله عنه ما ترون وعنده علي وعثمان

(قوله المحصنات) الإحصان العفاف عن الزنا . والمحصنات أيضا المزوجات وأحصن زوجن لأنها تستعف بالزوج عن الزنا وأصله امتناع مأخوذ من الحصن الذي يمتنع به من العدو (قوله فخفقها بالدرة خفقات) أي ضربها ضربا خفيفا يقال خفقه يخفقه ويخفقه : والمخفقة الدرة التي يخفق بها وهي آلة عريضة فيها جلود مخروقة (قوله أي لكاع) اللكع اللئيم والمرأة لكاع ولا يستعمل إلا في النداء : وقال أبو عبيد اللكع عند العرب العبد : وقال الليث يقال امرأة لكاع وملكعانة ورجل لكع وملكعان ولكيع كل ذلك يوصف به الأحمق (قوله من غوش بدرهمين) هو اسم طائر سمي به الرجل :

وعبدالرحمن بن عوف فقال علي رضي الله عنه أرى أن ترجمها وقال عبدالرحمن أرى مثل ما رأى أخوك فقال لعثمان ماتقول قال أراها تستهل بالذي صنعت لاترى به بأسا وإنما حد الله على من علم أمر الله عزوجل فقال صدقت فإن زنى رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بتحريمه فإن كان قد نشأ فيما بين المسلمين لم يقبل قوله لأنا نعلم كذبه وإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في بادية بعيدة من المسلمين أو كان مجنونا فأفاق وزنى قبل أن يعلم الأحكام قبل قوله لأنه يحتمل مايدعيه فلم يجب الحد وإن وطئ المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن وادعى أنه جهل تحريمه ففيه وجهان أحدهما أنه لايقبل دعواه إلا أن يكون قريب العهد بالإسلام أو نشأ في موضع بعيد من المسلمين كما لايقبل دعوى الجهل إذا وطئها من غير إذن الراهن والثاني أنه يقبل قوله لأن معرفة ذلك تحتاج إلى فقه :

(فصل) وإن وجد امرأة في فراشه فظنها أمته أو زوجته فوطئها لم يلزمه الحد لأنه يحتمل مايدعيه من الشبهة .

(فصل) وإن كان أحد الشريكين في الوطء صغيرا والآخر بالغا أو أحدهما مستيقظا والآخر نائما أو أحدهما عاقلا والآخر مجنونا أو أحدهما عالما بالتحريم والآخر جاهلا أو أحدهما مختارا والآخر مستكرها أو أحدهما مسلما والآخر مستأمنا وجب الحد على من هو من أهل الحد ولم يجب على الآخر لأن أحدهما انفرد بما يوجب الحد وانفرد الآخر بما يسقط الحد فوجب الحد على أحدهما وسقط عن الآخر وإن كان أحدهما محصنا والآخر غير محصن وجب على المحصن الرجم وعلى غير المحصن الجلد والتغريب لأن أحدهما انفرد بسبب الرجم والآخر انفرد بسبب الجلد والتغريب وإن أقر أحدهما بالزنا وأنكر الآخر وجب على المقر الحد لما روى سهل بن سعد الساعدي أن رجلا أقر أنه زنى بامرأة فبعث النبي صلى الله عليه وسلم إليها فجحدت فحد الرجل وروى أبو هريرة رضي الله عنه وزيد بن خالد الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد ياأنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فأوجب الحد على الرجل وعلق الرجم على اعتراف المرأة :

(فصل) وإن استأجر امرأة ليزني بها فزنى بها أو تزوج ذات رحم محرم فوطئها وهو يعتقد تحريمها وجب عليه الحد لأنه لاتأثير للعقد في إباحة وطئها فكان وجوده كعدمه وإن ملك ذات رحم محرم ووطئها ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه الحد لأن ملكه لايبيح وطأها بحال فلم يسقط الحد والثاني أنه لايجب عليه الحد وهو الصحيح لأنه وطء في ملك فلم يجب به الحد كوطء أمته الحائض ولأنه لايختلف المذهب أنه يثبت به النسب وتصير الجارية أم ولده فلم يجب به الحد فإن وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور إن علم بتحريمها وجب عليه الحد لأن ملك البعض لايبيح الوطء فلم يسقط الحد كملك ذات رحم محرم وهذا خطأ لأنه اجتمع في الوطء مايوجب الحد ومايسقط فغلب الاسقاط لأن مبنى الحد على الدرء والاسقاط وإن وطئ جارية ابنه لم يجب عليه الحد لأن له فيها شبهة ويلحقه نسب ولدها فلم يلزمه الحد بوطئها :

(فصل) واللواط محرم لقوله عزوجل «ولوطا إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ماسبقكم بها من أحد العالمين» فسماه فاحشة وقد قال عزوجل ولاتقربوا الفواحش ماظهر منها ومابطن ولأن الله عزوجل عذب بها قوم لوط بما لم يعذب به أحدا فدل على تحريمه ومن فعل ذلك وهو ممن يجب عليه حد الزنا وجب عليه الحد وفي حده قولان أحدهما وهو المشهور من مذهبه أنه يجب فيه مايجب في الزنا فإن كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب وإن كان محصنا وجب عليه الرجم لما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا والقول الثاني أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به ولأن تحريمه أغلظ فكان حده أغلظ وكيف يقتل فيه وجهان أحدهما أنه يقتل بالسيف لأنه أطلق القتل في الخبر فينصرف إطلاقه إلى القتل بالسيف والثاني أنه يرجم لأنه قتل يجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزنا :

(قوله أراها تستهل) أراها أظنها وكل ماكان أرى بالضم لما لم يسم فاعله فمعناه أظن وكل ما كان مفتوحا فهو الذي من الرأي أو رؤية البصر وتستهل بتخفيف اللام أي تراه سهلا لابأس به عندها ومن رواه بالتشديد فهو خطأ وإن صح فمقتضاه تضحك (قوله ومبناه على الدرء والاسقاط) الدرء الدفع ودرأه دفعه وقد ذكر

(فصل) ومن حرمت مباشرته في الفرج بحكم الزنا أو اللواط حرمت مباشرته فيما دون الفرج بشهوة والدليل عليه قوله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لايخلون أحدكم بامرأة ليست له بمحرم فإن ثالثهما الشيطان فإذا حرمت الخلوة بها فلأن تحرم المباشرة أولى لأنها أدعى إلى الحرام فإن فعل ذلك لم يجب عليه الحد لما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إنى أخذت امرأة فى البستان وأصبت منها كل شيء غير أنى لم أنكحها فاعمل بى ماشئت فقرأ عليه أقم الصلاة طرفى النهار وزلفا من الليل إن الحسنات يذهبن السيئات ويعزر عليه لأنه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فشرع فيها التعزير :

(فصل) ويحرم إتيان المرأة المرأة لما روى أبو موسى الأشعرى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان ويجب فيه التعزير دون الحد لأنها مباشرة من غير إيلاج فوجب بها التعزير دون الحد كمباشرة الرجل المرأة فيما دون الفرج :

(فصل) ويحرم إتيان البهيمة لقوله عز وجل «والذين لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين» فإن أتى البهيمة وهو ممن يجب عليه حد الزنا ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يجب عليه القتل لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه وكيف يقتل على الوجهين فى اللواط والقول الثانى أنه كالزنا فان كان غير محصن جلد وغرب وإن كان محصنا رجم لأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا والقول الثالث أنه يجب فيه التعزير لأن الحد يجب للردع عما يشتهى وتميل إليه النفس ولهذا وجب فى شرب الخمر ولم يجب فى شرب البول وفرج البهيمة لايشتهى فلم يجب فيه الحد وأما البهيمة فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال يجب قتلها لحديث ابن عباس وأبى هريرة ولأنها بما أتت بولد مشوه الخلق ولأنها إذا بقيت كثر تعيير الفاعل بها ومنهم من قال لايجب قتلها لأن البهيمة لاتذبح لغير مأكلة وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن عمرو وهو ضعيف وحديث أبى هريرة يرويه على بن مسهر وقال أحمد رحمه الله إن كان روى هذا الحديث غير على والافليس بشيء ومنهم من قال إن كانت البهيمة مما تؤكل ذبحت وإن كانت مما لا تؤكل لم تذبح لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة فان قلنا إنه يجب قتلها وهى مما يؤكل ففى أكلها وجهان أحدهما أنه يحرم لأن ما أمر بقتله لم يؤكل كالسبع والثانى أنه يحل أكلها لأنه حيوان مأكول ذبحه من هو من أهل الذكاة وإن كانت البهيمة لغيره وجب عليه ضمانها إن كانت مما لا تؤكل وضمان مانقص بالذبح إذا قلنا إنها تؤكل لأنه هو السبب فى إتلافها وذبحها :

(فصل) وإن وطىء امرأة ميتة وهو من أهل الحد ففيه وجهان أحدهما أنه يجب عليه الحد لأنه إيلاج فى فرج محرم ولا شبهة له فيه فأشبه إذا كانت حية والثانى أنه لايجب لأنه لايقصد فلا يجب فيه الحد :

(فصل) ويحرم الاستمناء لقوله عز وجل «والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين» ولأنها مباشرة تفضى إلى قطع النسل فحرم كاللواط فان فعل عزر ولم يحد لأنها مباشرة محرمة من غير إيلاج فأشبهت مباشرة الأجنبية فيما دون الفرج وبالله التوفيق :

(باب إقامة الحد)

لايقيم الحدود على الأحرار إلا الإمام أو من فوض إليه الإمام لأنه لم يقم حد على حر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بإذنه ولا فى أيام الخلفاء إلا بإذنهم ولأنه حق لله تعالى يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فى استيفائه الحيف فلم يجز بغير إذن الامام ولايلزم الامام أن يحضر إقامة الحد ولا أن يبتدىء بالرجم لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر برجم جماعة ولم ينقل أنه حضر بنفسه ولأنه رماهم

(قوله وزلفا من الليل) الزلفة الطائفة من الليل وجمعها زلف وزلفات (قوله مشوه الخلق) أى قبيح الخلق ومنه الحديث شاهت الوجوه قبحت : وشوهه الله فهو مشوه قال الشاعر يصف فرسا :

فهى شوهاء كالجوالق فوها مستجاف يضل فيه الشكيم

بنفسه فان ثبت الحد على عبد بإقراره ومولاه حر مكلف عدل فله أن يجلده فى الزنا والقذف والشرب لما روى على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أقيموا الحدود على ماملكت أيمانكم وقال عبدالرحمن بن أبى ليلى أدركت بقايا الأنصار وهم يضربون الوليدة من ولائدهم فى مجالسهم إذا زنت وهل له أن يغربه فيه وجهان أحدهما أنه لايغرب إلا الامام لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال إذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم إذا زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم إذا زنت الثالثة فتبين زناها فليبعها ولو بحبل من شعر فأمر بالجلد دون النفى والثانى وهو المذهب أن له أن يغرب لحديث على كرم الله وجهه ولأن ابن عمر جلد أمة له زنت ونفاها إلى فدك ولأن من ملك الجلد ملك النفى كالامام وإن ثبت عليه الحد بالبينة ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز أن يقيم عليه الحد وهو المذهب لأنا قد جعلناه فى حقه كالامام وكذلك فى إقامة الحد عليه بالبينة والثانى أنه لايجوز لأنه يحتاج إلى تزكية الشهود وذلك إلى الحاكم فعلى هذا إذا ثبت عند الحاكم بالبينة جاز للسيد أن يقيم الحد من غير إذنه وهل له أن يقطعه فى السرقة فيه وجهان أحدهما أنه لا يملك لأنه لا يملك من جنس القطع ويملك من جنس الجلد وهو التعزير والثانى أنه يملك وهو المنصوص فى البويطى لحديث على كرم الله وجهه ولأن ابن عمر قطع عبدا له سرق وقطعت عائشة رضى الله عنها أمة لها سرقت ولأنه حد فملك السيد إقامته على مملوكه كالجلد وله أن يقتله بالردة على قول من ملك إقامة الحد على العبد وعلى قول من منع من القطع يجب أن لا يجوز له القتل والصحيح أن له أن يقتله لأن حفصة رضى الله عنها قتلت أمة لها سحرتها والقتل بالسحر لا يكون إلا فى كفر ولأنه حد فملك المولى إقامته على المملوك كسائر الحدود وإن كان المولى فاسقا ففيه وجهان أحدهما أنه يملك إقامة الحد لأنه ولاية تثبت بالملك فلم يمنع الفسق منها كتزويج الأمة والثانى أنه لا يملكه لأنه ولاية فى إقامة الحد فمنع الفسق منها كولاية الحاكم وإن كانت امرأة فالمذهب أنه يجوز لها إقامة الحد لأن الشافعى استدل بأن فاطمة عليها السلام جلدت أمة لها زنت وقال أبو على بن أبى هريرة لا يجوز لها لأنها ولاية على الغير فلا تملكها المرأة كولاية التزويج فعلى هذا فيمن يقيم وجهان أحدهما أنه يقيمه وليها فى النكاح قياسا على تزويج أمتها ، والثانى أنه يقيمه عليها الامام لأن الأصل فى إقامة الحد هو الامام فإذا سقطت ولاية المولى ثبت الأصل وإن كان للمولى مكاتب ففيه وجهان ذكرناهما فى الكتابة :

(فصل) والمستحب أن يحضر إقامة الحد جماعة لقوله عز وجل «وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين» والمستحب أن يكونوا أربعة لأن الحد يثبت بشهادتهم فان كان الحد هو الجلد وكان صحيحا قويا والزمان معتدل أقام الحد ولا يجوز تأخيره فان الفرض لا يجوز تأخيره من غير عذر ولا يجرد ولا يمد لما روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال ليس فى هذه الأمة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد ويفرق الضرب على الأعضاء ويتوقى الوجه والمواضع المخوفة لما روى هنيدة بن خالد الكندى أنه شهد عليا كرم الله وجهه أقام على رجل حدا وقال للجلاد اضربه وأعط كل عضو منه حقه واتق وجهه ومذاكيره وعن عمر أنه أتى بجارية قد فجرت فقال اذهبا بها واضرباها ولا تخرقا لها جلدا ولأن القصد الردع دون القتل وإن كان الحر شديدا أو البرد شديدا أو كان مريضا مرضا يرجى برؤه أو كان مقطوعا أو أقيم عليه حد آخر ترك إلى أن يعتدل الزمان ويبرأ من المرض أو القطع ويسكن ألم الحد لأنه إذا أقيم عليه الحد فى هذه الأحوال أعان على قتله وإن كان نضو الخلق لا يطيق الضرب أو مريضا لا يرجى برؤه جمع مائة شمراخ فضرب به دفعة واحدة لما روى سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم من الأنصار أنه

(قوله يضربون الوليدة من ولائدهم) الوليدة الأمة وجمعها ولائد : قيل سميت بذلك لأنها تربى تربية الأولاد وتعلم الآداب (قوله ولا يثرب عليها) التثريب التعيير والاستقصاء فى اللوم قال الله تعالى «لا تثريب عليكم» أى لا توبيخ عليكم ولا تعداد لذنوبكم (قوله ليس فى هذه الأمة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد) الغل بالفتح شد العنق بحبل أو غيره والغل بالضم الحبل : والصفد بإسكان الفاء مصدر صفده بالحديد يصفده يخفف ويشدد : والصفد بالتحريك القيد وهو الغل فى العنق أيضا وجمعه أيضا أصفاد وصفد قال الله تعالى «مقرنين فى الأصفاد» (قوله نضو الخلق) أى مهزول وأصل النضو البعير المهزول والناقة نضوة ، وقد أنضاه السفر هزله (قوله مائة شمراخ) الشمراخ واحد الشماريخ وهو العثكال الذى يكون عليه البسر والرطب

اشتكى رجل منهم حتى أضنى فدخلت عليه جارية لبعضهم فوقع عليها فلما دخل عليه رجال من قومه يعودونه ذكر لهم ذلك وقال استفتوا لى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا ما رأينا بأحد من الضر مثل الذى هو به لو حملناه إليك يا رسول الله لتفسخت عظامه ما هو إلا جلد على عظم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة ولأنه لا يمكن ضربه بالسوط لأنه يتلف به ولا يمكن تركه لأنه يؤدى إلى تعطيل الحد قال الشافعى رحمه الله ولأنه إذا كانت الصلاة تختلف باختلاف حاله فالحد بذلك أولى وإن وجب الحد على امرأة حامل لم يقم عليها الحد حتى تضع وقد بيناه فى القصاص :

(فصل) وإن أقيم الحد فى الحال التى لا تجوز فيها إقامته فهلك منه لم يضمن لأن الحق قتله وإن أقيم فى الحال التى لا تجوز إقامته فإن كانت حاملا فتلف منه الجنين وجب الضمان لأنه مضمون فلا يسقط ضمانه بجناية غيره وإن تلف المحدود فقد قال إذا أقيم الحد فى شدة حر أو برد فهلك لا ضمان عليه وقال فى الأم إذا ختن فى شدة حر أو برد فتلف وجبت على عاقلته الدية فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما لا يجب لأنه هلك من حد والثانى أنه يجب لأنه مفرط ومنهم من قال لا يجب الضمان فى الحد لأنه منصوص عليه ويجب فى الختان لأنه ثبت بالاجتهاد وإن قلنا إنه يضمن ففى القدر الذى يضمن وجهان أحدهما أنه يضمن جميع الدية لأنه مفرط والثانى أنه يضمن نصف الدية لأنه مات من واجب ومحظور فسقط النصف ووجب النصف :

(فصل) وإن وجب التغريب نفى إلى مسافة يقصر فيها الصلاة لأن ما دون ذلك فى حكم الموضع الذى كان فيه من المنع من القصر والفطر والمسح على الخف ثلاثة أيام فإن رجع قبل انقضاء المدة رد إلى الموضع الذى نفى إليه فإن انقضت المدة فهو بالخيار بين الإقامة وبين العود إلى موضعه وإن رأى الإمام أن ينفيه إلى أبعد من المسافة التى يقصر فيها الصلاة كان له ذلك لأن عمر رضى الله عنه غرب إلى الشام وغرب عثمان رضى الله عنه إلى مصر وإن رأى أن يزيد على سنة لم يجز لأن السنة منصوص عليها والمسافة مجتهد فيها وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه قال يغرب إلى حيث ينطلق عليه اسم الغربة وإن كان دون ما تقصر إليه الصلاة لأن القصد تعذيبه بالغربة وذلك يحصل بدون ما تقصر إليه الصلاة ولا تغرب المرأة إلا فى صحبة ذى رحم محرم أو امرأة ثقة فى صحبة مأمونة وإن لم تجد ذا رحم محرم ولا امرأة ثقة يتطوع بالخروج معها استؤجر من يخرج معها ومن أين يستأجر فيه وجهان من أصحابنا من قال يستأجر من مالها لأنه حق عليها فكانت مؤنته عليها وإن لم يكن لها مال استؤجرت من بيت المال ومن أصحابنا من قال يستأجر من بيت المال لأنه حق لله عز وجل فكانت مؤنته من بيت المال فإن لم يكن فى بيت المال ما يستأجر به استؤجر من مالها.

(فصل) وإن كان الحد رجما وكان صحيحا والزمان معتدل رجم لأن الحد لا يجوز تأخيره من غير عذر وإن كان مريضا مرضا يرجى زواله أو الزمان مسرف الحر أو البرد ففيه وجهان أحدهما أنه لا يؤخر رجمه لأن القصد قتله فلا يمنع الحر والبرد والمرض منه والثانى أنه يؤخر لأنه ربما رجع فى خلال الرجم وقد أثر فى جسمه الرجم فيعين الحر والبرد والمرض على قتله وإن كان امرأة حاملا لم ترجم حتى تضع لأنه يتلف به الجنين :

(فصل) فإن كان المرجوم رجلا لم يحفر له لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز ولأنه ليس بعورة وإن كان امرأة حفر لها لما روى بريدة قال جاءت امرأة من غامد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعترفت بالزنا فأمر فحفر لها حفرة إلى صدرها ثم أمر برجمها لأن ذلك أستر لها :

(فصل) وإن هرب المرجوم من الرجم فإن كان الحد ثبت بالبينة اتبع ورجم لأنه لا سبيل إلى تركه وإن ثبت بالإقرار لم يتبع لما روى أبو سعيد الخدرى قال جاء ماعز إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن الأخر زنى وذكر إلى أن قال اذهبوا

(قوله اشتكى رجل منهم حتى أضنى) أى مرض : والضنى المرض : يقال أضناه المرض أى أثقله (قوله مسرف الحر) أى مفرط فى شدة الحر : وأصل السرف ضد القصد (قوله إن الأخر زنى) بقصر الألف وكسر الخاء معناه الأبعد. ويقال فى الشتم أبعد الله الآخر وقال فى التلويح أى الغائب ... المتأخر ويقال هذا عند شتم الإنسان من يخاطبه كأنه نزهه بذلك

بهذا فارجموه فأتينا به مكانا قليل الحجارة فلما رميناه اشتد من بين أيدينا يسعى فتبعناه فأتى بنا حرة كثيرة الحجارة فقام ونصب نفسه فرميناه حتى قتلناه ثم اجتمعنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سبحان الله فهلا خليتم عنه حين سعى من بين أيديكم وإن وقف وأقام على الاقرار رجم وإن رجع عن الاقرار لم يرجم لأن رجوعه مقبول وبالله التوفيق :

(باب حد القذف)

القذف محرم والدليل عليه ماروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يارسول الله وماهن قال الشرك بالله عز وجل والسحر وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات :

(فصل) إذا قذف بالغ عاقل مختار مسلم أوكافر التزم حقوق المسلمين من مرتد أو ذمى أو معاهد محصنا ليس بولد له بوطء يوجب الحد وجب عليه الحد فإن كان حرا جلد ثمانين جلدة لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وإن كان مملوكا جلد أربعين لما روى يحيى بن سعيد الأنصارى قال ضرب أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مملوكا افترى على حر ثمانين جلدة فبلغ ذلك عبد الله بن عامر بن ربيعة فقال أدركت الناس من زمن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه إلى اليوم فما رأيت أحدا ضرب المملوك المفترى على الحر ثمانين قبل أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وروى خلاس أن عليا كرم الله وجهه قال فى عبد قذف حرا نصف الحد ولأنه حد يتبعض فكان المملوك على النصف من الحر كحد الزنا :

(فصل) وإن قذف غير محصن لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة فدل على أنه إذا قذف غير محصن لم يجلد والمحصن الذى يجب الحد بقذفه من الرجال والنساء من اجتمع فيه البلوغ والعقل والاسلام والحرية والعفة عن الزنا فإن قذف صغيرا أومجنونا لم يجب به عليه الحد لأن مارمى به الصغير والمجنون لوتحقق لم يجب به الحد فلم يجب الحد على القاذف كما لو قذف بالغا عاقلا بما دون الوطء وإن قذف كافرا لم يجب عليه الحد لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من أشرك بالله فليس بمحصن وإن قذف مملوكا لم يجب عليه الحد لأن نقص الرق يمنع كمال الحد فيمنع وجوب الحد على قاذفه وإن قذف زانيا لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة فأسقط الحد عنه إذا ثبت أنه زنى فدل أنه إذا قذفه وهو زان لم يجب عليه الحد وإن قذف من وطىء فى غير ملك وطئا محرما لايجب به الحد كمن وطىء امرأة ظنها زوجته أووطىء فى نكاح مختلف فى صحته ففيه وجهان أحدهما أنه لايجب عليه الحد لأنه وطء محرم لم يصادف ملكا فسقط به الاحصان كالزنا والثانى أنه يجب لأنه وطء لايجب به الحد فلم يسقط به الاحصان كما لو وطىء زوجته وهى حائض :

(فصل) وإن قذف الوالد ولده أوقذف الجد ولد ولده لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور يجب عليه الحد لعموم الآية والمذهب الأول لأنه عقوبة تجب لحق الآدمى فلم تجب للولد على الوالد كالقصاص وإن قذف زوجته فماتت وله منها ولد سقط الحد لأنه لما لم

(قوله فأتى بنا حرة) الحرة أرض ذات أحجار كثيرة سود نخرة كأنها أحرقت بالنار والجمع الحرار والحرات وأحرون بالواو والنون كما قالوا أرضون وأحرون جمع أحرة قال الراجز • لاخمس إلا جندل الأحرين •

(ومن باب حد القذف)

أصل القذف الرمى بالحجارة وغيرها : والقذف بالزنا مأخوذ منه والسبع الموبقات هى المهلكات وأوبقه الله أهلكه يقال منه وبق يبق وأوبق يوبق إذا هلك قال الله تعالى «أو يوبقهن بما كسبوا» (قوله التولى يوم الزحف) التولى الادبار فرارا من القتال والزحف هو المشى إلى القتال (قوله افترى على حر) أى كذب قال الله تعالى «لاتفتروا على الله كذبا» وقد ذكر

يثبت له عليه الحد بقذفه لم يثبت له عليه بالإرث عن أمه، وإن كان لها ابن آخر من غيره وجب له لأن حد القذف يثبت لكل واحد من الورثة على الانفراد .

(فصل) وإن رفع القاذف إلى الحاكم وجب عليه السؤال عن إحصان المقذوف لأنه شرط فى الحكم فيجب السؤال عنه كعدالة الشهود ومن أصحابنا من قال لا يجب لأن البلوغ والعقل معلوم بالنظر إليه والظاهر الحرية والاسلام والعفة وإن قال القاذف أمهلنى لأقيم البينة على الزنا أمهل ثلاثة أيام لأنه قريب لقوله عز وجل «ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب» ثم قال «تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام» :

(فصل) وإن قذف محصنا ثم زنى المقذوف أو وطىء وطئا زال به الاحصان سقط الحد عن القاذف وقال المزنى وأبو ثور لا يسقط لأنه معنى طرأ بعد وجوب الحد فلا يسقط ما وجب من الحد كردة المقذوف وثوبة الزانى وحريته وهذا خطأ لأن ما ظهر من الزنا يوقع شبهة فى حال القذف ولهذا روى أن رجلا زنى بامرأة فى زمان أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال والله ما زنيت إلا هذه المرة فقال له عمر كذبت إن الله لا يفضح عبده فى أول مرة والحد يسقط بالشبهة وأما ردة المقذوف ففيها وجهان أحدهما أنها تسقط الحد والثانى أنها لا تسقط لأن الردة تدين والعادة فيها الاظهار وليس كذلك الزنا فإنه يكتم فإذا ظهر دل على تقدم أمثاله وأما ثيوبة الزانى وحريته فإنها لا تورث شبهة فى بكارته ورقه فى حال الزنا :

(فصل) ولا يجب الحد إلا بصريح القذف أو بالكناية مع النية فالصريح مثل أن يقول زنيت أو يا زانى والكناية كقوله يا فاجر أو يا خبيث أو يا حلال بن الحلال فإن نوى به القذف وجب به الحد لأن ما لا تعتبر فيه الشهادة كانت الكناية فيه مع النية بمنزلة الصريح كالطلاق والعتاق وإن لم ينو به القذف لم يجب به الحد سواء كان ذلك فى حال الخصومة أو غيرها لأنه يحتمل القذف وغيره فلم يجعل قذفا من غير نية كالكناية فى الطلاق والعتاق .

(فصل) وإن قال لطت أو لاط بك فلان باختيارك فهو قذف لأنه قذفه بوطء يوجب الحد فأشبه القذف بالزنا وإن قال يا لوطى وأراد به أنه على دين قوم لوط لم يجب به الحد لأنه يحتمل ذلك وإن أراد أنه يعمل عمل قوم لوط وجب الحد وإن قال لامرأته يا زانية فقالت بك زنيت لم يكن قولها قذفا له من غير نية لأنه يجوز أن تكون زانية ولا يكون هو زانيا بأن وطئها وهو يظن أنها زوجته وهى تعلم أنه أجنبى ولأنه يجوز أن تكون قصدت نفى الزنا كما يقول الرجل لغيره سرقت فيقول معك سرقت ويريد أنى لم أسرق كما لم تسرق ويجوز أن يكون معناه ما وطئنى غيرك فان كان ذلك زنا فقد زنيت وإن قال لها يا زانية فقالت أنت أزنى منى لم يكن قولها قذفا له من غير نية لأنه يجوز أن يكون معناه ما وطئنى غيرك فان كان ذلك زنا فأنت أزنى منى لأن المغلب فى الجماع فعل الرجل وإن قال لغيره أنت أزنى من فلان أو أنت أزنى الناس لم يكن قذفا من غير نية لأن لفظة أفعل لا تستعمل إلا فى أمر يشترك فيه ثم ينفرد أحدهما فيه بمزية وما ثبت أن فلانا زان ولا أن الناس زناة فيكون هو أزنى منهم وإن قال فلان زان وأنت أزنى منه أو أنت أزنى زناة الناس فهو قذف لأنه أثبت زنا غيره ثم جعله أزنى منه :

(فصل) وإن قال لامرأته يا زانى فهو قذف لأنه صرح بإضافة الزنا إليها وأسقط الهاء للترخيم كقولهم فى مالك يا مال وفى حارث يا حار وإن قال لرجل يا زانية فهو قذف لأنه صرح بإضافة الزنا إليه وزاد الهاء للمبالغة كقولهم علامة ونسابة وشتامة ونوامة فان قال زنأت فى الجبل فليس بقذف من غير نية لأن الزنء هو الصعود فى الجبل والدليل عليه قول الشاعر :

* وارق إلى الخيرات زنئا فى الجبل * وإن قال زنأت ولم يذكر الجبل ففيه وجهان أحدهما أنه قذف لأنه لم يقرن به ما يدل على الصعود والثانى وهو قول أبى الطيب ابن سلمة رحمه الله أنه إن كان من أهل اللغة فليس بقذف وإن كان من العامة فهو قذف لأن العامة لا يفرقون بين زنيت وزنأت :

(فصل) وإن قال زنى فرجك أو دبرك أو ذكرك فهو قذف لأن الزنا يقع بذلك وإن قال زنت عينك أو يدك أو رجلك فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال هو قذف وهو ظاهر ما نقله المزنى رحمه الله لأنه أضاف الزنا إلى عضو منه فأشبه إذا أضاف إلى الفرج ومنهم من قال ليس بقذف من غير نية وخطأ المزنى فى النقل لأن الزنا لا يوجد من هذه الأعضاء حقيقة ولهذا قال النبى

(قوله تمتعوا فى داركم) أى تبلغوا بالعيش القليل حتى يأتيكم العذاب.

صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان ويصدق ذلك كله الفرج أو يكذبه فإن قال زنى بدنك ففيه وجهان أحدهما أنه ليس بقذف من غير نية لأن الزنا بجميع البدن يكون بالمباشرة فلم يكن صريحا فى القذف والثانى أنه قذف لأنه أضاف إلى جميع البدن والفرج داخل فيه وإن قال لاترديد لامس لم يكن قاذفا لما روى أن رجلا من بنى فزارة قال للنبى صلى الله عليه وسلم إن امرأتى لاترديد لامس ولم يجعله النبى صلى الله عليه وسلم قاذفا وإن قال زنى بك فلان وهو صبى لا يجامع مثله لم يكن قاذفا لأنه لا يوجد منه الوطء الذى يجب به الحد عليها وإن كان صبيا يجامع مثله فهو قذف لأنه يوجد منه الوطء الذى يجب به الحد عليها وإن قال لامرأة زنيت بفلانة أو زنت بك فلانة لم يجب به الحد لأن مارماها به لا يوجب الحد .

(فصل) وإن أتت امرأته بولد فقال ليس منى لم يكن قاذفا من غير نية لجواز أن يكون معناه ليس منى خلقا أو خلقا أو من زوج غيرى أو من وطء شبهة أو مستعار وإن نفى نسب ولده باللعان فقال رجل لهذا الولد لست بابن فلان لم يكن قذفا لأنه صادق فى الظاهر أنه ليس منه لأنه منفى عنه قال الشافعى رحمه الله إذا أقر بنسب ولد فقال له رجل لست بابن فلان فهو قذف وقال فى الزوج إذا قال للولد الذى أقر به لست بابنى أنه ليس بقذف واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال إن أراد القذف فهو قذف فى المسألتين وإن لم يرد القذف فليس بقذف فى المسألتين وحمل جوابه فى المسألتين على هذين الحالين ومن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما أنه ليس بقذف فيهما لجواز أن يكون معناه لست بابن فلان أو لست بابنى خلقا أو خلقا والثانى أنه قذف لأن الظاهر منه النفى والقذف ومن أصحابنا من قال ليس بقذف من الزوج وهو قذف من الأجنبى لأن الأب يحتاج إلى تأديب ولده فيقول لست بابنى مبالغة فى تأديبه والأجنبى غير محتاج إلى تأديبه فجعل قذفا منه .

(فصل) وإن قال لعربى يانبطى فإن أراد نبطى اللسان أو نبطى الدار لم يكن قذفا وإن أراد نفى نسبه من العرب ففيه وجهان أحدهما أنه ليس بقذف لأن الله تعالى علق الحد على الزنا فقال «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء» وشهادة الأربعة يحتاج إليها فى إثبات الزنا والثانى أنه يجب به الحد لما روى الأشعث بن قيس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لاأوتى برجل يقول إن كنانة ليست من قريش إلا جلدته وعن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال لاحد إلا فى اثنتين قذف محصنة ونفى رجل من أبيه .

(فصل) ومن لايجب عليه الحد لعدم إحصان المقذوف أو للتعريض بالقذف من غير نية عزر لأنه آذى من لايجوز أذاه وإن قال لامرأته استكرهت على الزنا ففيه وجهان أحدهما أنه يعزر لأنه يلحقها بذلك عار عند الناس والثانى أنه لا يعزر لأنه لاعار عليها فى الشريعة بما فعل بها مستكرهة .

(فصل) ومايجب بالقذف من الحد أو التعزير بالأذى فهو حق للمقذوف يستوفى إذا طالب به ويسقط إذا عفا عنه والدليل عليه ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيعجز أحدكم أن يكون كأبى ضمضم كان يقول تصدقت بعرضى والتصدق بالعرض لايكون إلا بالعفو عما يجب له ولأنه لاخلاف أنه لايستوفى إلا بمطالبته فكان له العفو كالقصاص وإن قال لغيره اقذفنى فقذفه ففيه وجهان أحدهما أنه لاحد عليه لأنه حق له فسقط بإذنه كالقصاص والثانى أنه يجب عليه الحد لأن العار يلحق بالعشيرة فلا يملك الإذن فيه وإذا

(قوله يانبطى) النبط والنبيط قوم ينزلون بالبطائح بين العراقين والجمع أنباط يقال رجل نبطى ونباطى ونباط مثل يمنى ويمانى ويمان : قال الزمخشرى سموا نبطا لأنهم يستنبطون الماء أى يستخرجونه من الأرض : ومعنى نبطى اللسان الذى اشتبه كلامه بكلام العرب والعجم . ومعنى نبطى الدار من داره بين دور العجم وهو عربى (قوله تصدقت بعرضى) قال أبو بكر بن الأنبارى قال أبو العباس العرض موضع الذم والمدح من الإنسان ومعناه أموره التى يرتفع بها أو يسقط بذكرها ومن جهتها يحمد أو يذم ويجوز أن يكون ذكر أسلافه لأنه يلحقه النقيصة بعيبهم : وقال ابن قتيبة عرض الرجل نفسه واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم أهل الجنة لايبولون ولايتغوطون إنما هو عرق يخرج من أعراضهم مثل المسك أى أبدانهم واحتج بهذا الحديث المذكور تصدقت بعرضى أى بنفسى وأحللت من يغتابنى قال ولو كان العرض الأسلاف لما جاز له أن يحل من يغتابهم وله كلام يطول (قوله العار يلحق بالعشيرة) هم القبيلة

أسقط الاذن وجب الحد ومن وجب له الحد أو التعزير لم يجز أن يستوفى إلا بحضرة السلطان لأنه محتاج إلى الاجتهاد ويدخله التخفيف فلو فوض إلى المقذوف لم يؤمن أن يحيف للتشفي :

(فصل) وإن مات من له الحد أو التعزير وهو ممن يورث انتقل ذلك إلى الوارث وفيمن يرثه ثلاثة أوجه أحدها أنه يرثه جميع الورثة لأنه موروث فكان لجميع الورثة كالمال والثاني أنه لجميع الورثة إلا لمن يرث بالزوجية لأن الحد يجب لدفع العار ولا يلحق الزوج عار بعد الموت لأنه لا تبقى زوجية والثالث أنه يرثه العصبات دون غيرهم لأنه حق ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح وإن كان له وارثان فعفا أحدهما ثبت للآخر جميع الحد لأنه جعل للردع ولا يحصل الردع إلا بما جعله الله عز وجل للردع وإن لم يكن له وارث فهو للمسلمين ويستوفيه السلطان :

(فصل) وإن جن من له الحد أو التعزير لم يكن لوليه أن يطالب باستيفائه لأنه حق يجب للتشفي ودرك الغيظ فأخر إلى الافاقة كالقصاص وإن قذف مملوكا كانت المطالبة بالتعزير للمملوك دون السيد لأنه ليس بمال ولا له بدل هو مال فلم يكن للسيد فيه حق كفسخ النكاح إذا عتقت الأمة تحت عبد وإن مات المملوك ففي التعزير ثلاثة أوجه أحدها أنه يسقط لأنه لا يستحق عنه بالارث فلا يستحق المولى لأنه لو ملك بحق الملك لملك في حياته والثاني أنه للمولى لأنه حق ثبت للمملوك فكان المولى أحق به بعد الموت كمال المكاتب والثالث أنه ينتقل إلى عصباته لأنه حق ثبت لنفي العار فكان عصباته أحق به :

(فصل) وإن قذف جماعة نظرت فإن كانوا جماعة لا يجوز أن يكونوا كلهم زناة كأهل بغداد لم يجب الحد لأن الحد يجب لنفي العار ولا عار على المقذوف لأنا نقطع بكذبه ويعزر للكذب وإن كانت جماعة يجوز أن يكونوا كلهم زناة نظرت فإن كان قد قذف كل واحد منهم على الانفراد وجب لكل واحد منهم حد وإن قذفهم بكلمة واحدة ففيه قولان قال في القديم يجب حد واحد لأن كلمة القذف واحدة فوجب حد واحد كما لو قذف امرأة واحدة وقال في الجديد يجب لكل واحد منهم حد وهو الصحيح لأنه ألحق العار بقذف كل واحد منهم فلزمه لكل واحد منهم حد كما لو أفرد كل واحد منهم بالقذف فإن قذف زوجته برجل ولم يلاعن ففيه طريقان من أصحابنا من قال هي على قولين كما لو قذف رجلين أو امرأتين ومنهم من قال يجب حد واحد قولا واحدا لأن القذف ههنا بزنا واحد والقذف هناك بزناءين فإن وجب عليه حد لاثنين فإن وجب لأحدهما قبل الآخر وتشاحا قدم السابق منهما لأن حقه أسبق وإن وجب عليه لهما في حالة واحدة بأن قذفهما معا وتشاحا أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة وإن قال لزوجته يا زانية بنت الزانية وهما محصنتان لزمه حدان ومن حضر منهما وطالبت بحدها حد لها وإن حضرتا وطالبتا بحدهما ففيه وجهان أحدهما أنه يبدأ بحد البنت لأنه بدأ بقذفها والثاني وهو المذهب أنه يبدأ بحد الأم لأن حدها مجمع عليه وحد البنت مختلف فيه لأن عند أبي حنيفة لا يجب على الزوج بقذف زوجته حد ولأن حد الأم آكد لأنه لا يسقط إلا بالبينة وحد البنت يسقط بالبينة وباللعان فقدم آكدهما .

(فصل) وإن وجب حدان على حر لاثنين فحد لأحدهما لم يحد للآخر حتى يبرأ ظهره من الأول لأن الموالاة بينهما تؤدي إلى التلف وإن كان الحدان على عبد ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز الموالاة بينهما كما لو كانا على حر والثاني أنه يجوز لأن الحدين على العبد كالحد الواحد :

(فصل) وإن قذف أجنبيا بالزنا فحد ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا عزر للأذى ولم يحد لأن أبا بكرة شهد على المغيرة بالزنا فجلده عمر رضي الله عنه ثم أعاد القذف وأراد أن يجلده فقال له علي كرم الله وجهه إن كنت تريد أن تجلده فارجم صاحبك فترك عمر رضي الله عنه جلده ولأنه قد حصل التكذيب بالحد وإن قذفه بزنا ثم قذفه بزنا آخر قبل أن يقام عليه الحد ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه حدان لأنه من حقوق الآدميين فلم تتداخل كالديون والثاني يلزمه حد واحد وهو الصحيح لأنهما حدان من جنس واحد لمستحق واحد فتداخلا كالوزني ثم زنى وإن قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل اللعان ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجب عليه الحد لأن اللعان في حق الزوج كالبينة ولو أقام عليها البينة ثم قذفها لم يلزمه الحد فكذلك إذا لاعنها والثاني أنه

(قوله لم يؤمن أن يحيف) الحيف الجور والظلم وقد ذكر مرارا . وأصل التشفي من شفاه الله من المرض إذا زال عنه فكأنه يزول ما يجد من الغيظ والحزن (قوله جعل للردع) الردع الكف : ردعته فارتدع أي كففته فانكف .

يجب عليه الحد لأن اللعان إنما يسقط إحصانها في الحالة التي يوجد فيها وما بعدها وما يسقط فيما تقدم فوجب الحد بما رماها به وإن قذف زوجته وتلاعنا ثم قذفها أجنبي وجب عليه الحد لأن اللعان يسقط الإحصان في حق الزوج لأنه بينة يختص بها فأما في حق الأجنبي فهي باقية على إحصانها وجب عليه الحد بقذفها وإن قذفها الزوج ولاعنها ولم تلاعن فحدت ثم قذفها الأجنبي بذلك الزنا ففيه وجهان أحدهما أنه لاحد عليه لأنه قذفها بزنا حدت فيه فلم يجب كما لو أقيم عليها الحد بالبينة والثاني أنه يجب لأن اللعان يختص به الزوج فزال به الإحصان في حقه وبقي في حق الأجنبي .

(فصل) إذا سمع السلطان رجلا يقول زنى رجل لم يقم عليه الحد لأن المستحق مجهول ولا يطالبه بتعيينه لقوله عز وجل لاتسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم ولأن الحد يدرأ بالشبهة ولهذا قال صلى الله عليه وسلم ألا سترته بثوبك ياهزال وإن قال سمعت رجلا يقول إن فلانا زنى لم يحد لأنه ليس بقاذف وإنما هو حاك ولا يسأله عن القاذف لأن الحد يدرأ بالشبهة وإن قال زنى فلان فهل يلزم السلطان أن يسأل المقذوف فيه وجهان أحدهما أنه يلزمه لأنه قد ثبت له حق لايعلم به فلزم الإمام إعلامه كما لو ثبت له عنده مال لايعلم به فعلى هذا إن سأل المقذوف فأكذبه وطالب بالحد حد وإن صدقه حد المقذوف لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا أنيس اغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها والوجه الثاني أنه لايلزم الإمام إعلامه لقوله صلى الله عليه وسلم ادرءوا الحد بالشبهات :

(فصل) إذا قذف محصنا وقال قذفته وأنا ذاهب العقل فإن لم يعلم له حال جنون فالقول قول المقذوف مع يمينه أنه لايعلم أنه مجنون لأن الأصل عدم الجنون وإن علم له حال جنون ففيه قولان بناء على القولين في الملفوف إذا قده ثم اختلفا في حياته أحدهما أن القول قول المقذوف لأن الأصل الصحة والثاني أن القول قول القاذف لأنه يحتمل مايدعيه والأصل حمى الظهر ولأن الحد يسقط بالشبهة والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم ادرءوا الحدود بالشبهات وادرءوا الحدود ما استطعتم ولأن يخطىء الإمام في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة :

(فصل) وإن عرض بالقذف وادعى المقذوف أنه أراد قذفه وأنكر القاذف فالقول قوله لأن مايدعيه محتمل والأصل براءة ذمته :

(فصل) وإن قال لمحصنة زنيت في الوقت الذي كنت فيه نصرانية أو أمة فإن عرف أنها كانت نصرانية أو أمة لم يجب الحد لأنه أضاف القذف إلى حال هي فيها غير محصنة وإن قال لها زنيت ثم قال أردت في الوقت الذي كنت فيه نصرانية أو أمة وقالت المقذوفة بل أردت قذفي في هذا الحال وجب الحد لأن الظاهر أنه أراد قذفها في الحال فإن قذف امرأة وادعى أنها مشركة أو أمة وادعت أنها أسلمت أو أعتقت فالقول قول القاذف لأن الأصل بقاء الشرك والرق وإن قذف امرأة وأقر أنها كانت مسلمة وادعى أنها ارتدت وأنكرت المرأة ذلك فالقول قولها لأن الأصل بقاؤها على الاسلام وإن قذف مجهولة وادعى أنها أمة أو نصرانية وأنكرت المرأة ففيه طريقان ذكرناهما في الجنايات :

(فصل) وإن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها وأنكر فشهد شاهدان أنه قذفها جاز أن يلاعن لأن إنكاره للقذف لايكذب مايلاعن عليه من الزنا لأنه يقول إنما أنكرت القذف وهو الرمي بالكذب وما كذبت عليها لأني صادق أنها زنت فجاز أن يلاعن كما لو ادعى على رجل أنه أودعه مالا فقال المدعى عليه مالك عندي شيء فشهد شاهدان أنه أودعه فإن له أن يحلف لأن إنكاره لايمنع الايداع لأنه قد يودعه ثم يتلف فلا يلزمه شيء :

(باب حد السرقة)

(قوله حمى الظهر) أي منعه ومنه قولهم حمى المكان أي منعه . وحمى المريض من الطعام منعه إياه .

(ومن باب حد السرقة)

السارق الذي يأخذ الشيء على وجه الاستخفاء بحيث لايعلم به المسروق منه مأخوذ من مسارقة النظر ومن قوله تعالى «إلا من استرق السمع» : والمنتهب الذي يأخذ بالقهر والغلبة مع العلم به : وأصل النهب الغنيمة . والانتهاب الافتعال من ذلك والمختلس الذي يأخذ الشيء عيانا ثم يهرب مثل أن يمد يده إلى منديل إنسان فيأخذه هكذا ذكره في البيان .

ومن سرق وهو بالغ عاقل مختار التزم حكم الإسلام نصابا من المال الذي يقصد إلى سرقته من حرز مثله لاشبهة له فيه وجب عليه القطع والدليل عليه قوله تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» ولأن السارق يأخذ المال على وجه لا يمكن الاحتراز منه ولو لم يجب القطع عليه لأدى ذلك إلى هلاك الناس بسرقة أموالهم ولا يجب القطع على المنتهب ولا على المختلس لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على المنتهب قطع ولا على المختلس قطع ومن انتهب نهبة مشهورة فليس منا ولأن المنتهب والمختلس يأخذان المال على وجه يمكن انتزاعه منه بالاستغاثة بالناس وبالسلطان فلم يحتج في ردعه إلى القطع ولا يجب على من جحد أمانة أو عارية لأنه يمكن أخذ المال منه بالحكم فلم يحتج إلى القطع .

(فصل) ولا يجب على صبي ولا على مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وروى ابن مسعود رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بجارية قد سرقت فوجدها لم تحض فلم يقطعها وهل يجب على السكران فيه قولان ذكرناهما في الطلاق ولا يجب على مكره لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولأن ما أوجب عقوبة الله عز وجل على المختار لم يوجب على المكره كـكلمة الكفر ولا تجب على الحربي لأنه لم يلتزم حكم الإسلام وهل يجب على المستأمن فيه قولان ذكرناهما في السير .

(فصل) ولا يجب فيما دون النصاب والنصاب ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار لما روت عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدا فإن سرق غير الذهب قوم بالذهب لأن النبي صلى الله عليه وسلم قدر النصاب بالذهب فوجب أن يقوم غيره به وإن سرق ربع مثقال من الخلاص وقيمته دون ربع دينار ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي علي بن أبي هريرة أنه لا يقطع لأن النبي صلى الله عليه وسلم نص على ربع دينار وهذا قيمته دون ربع دينار وهو قول عامة أصحابنا أنه يقطع لأن الخلاص يقع عليه اسم الدينار وإن لم ينصرف لأنه يقال دينار خلاص كما يقال دينار قراضة وإن نقب اثنان حرزا وسرقا نصابين قطعا لأن كل واحد منهما سرق نصابا وإن أخرج أحدهما نصابين ولم يخرج الآخر شيئا قطع الذي أخرج دون الآخر لأنه هو الذي انفرد بالسرقة فان اشتركا في سرقة نصاب لم يقطع واحد منهما وقال أبو ثور يجب القطع عليهما كما لو اشترك رجلان في القتل وجب القصاص عليهما وهذا خطأ لأن كل واحد منهما لم يسرق نصابا ويخالف القصاص فإنا لو لم نوجب على الشريكين جعل الاشتراك طريقا إلى إسقاط القصاص وليس كذلك السرقة فإنا إذا لم نوجب القطع على الشريكين في سرقة نصاب لم يصر الاشتراك طريقا إلى إسقاط القطع لأنهما لا يقصدان إلى سرقة نصاب واحد لقلة ما يصيب كل واحد منهما فإذا اشتركا في نصابين أوجبنا القطع وإذا نقب حرزا أو سرق منه ثمن دينار ثم عاد وسرق ثمنا آخر ففيه ثلاثة أوجه أحدها وهو قول أبي العباس أنه يجب القطع لأنه سرق نصابا من حرز مثله فوجب عليه القطع كما لو سرقه في دفعة واحدة والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه لا يجب القطع لأنه سرق تمام النصاب من حرز مهتوك والثالث وهو قول أبي علي بن خيران أنه إن عاد وسرق الثمن الثاني بعد ما اشتهر هتك الحرز لم يقطع لأنه سرق من حرز اشتهر خرابه وإن سرق قبل أن يشتهر خرابه قطع لأنه سرق من قبل ظهور خرابه .

(فصل) ولا يجب القطع فيما سرق من غير حرز لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن رجلا من مزينة قال يا رسول الله كيف ترى في حريسة الجبل قال ليس في شيء من الماشية قطع إلا ما أواه المراح وليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما أواه الجرين

(قوله نصابا من المال) النصاب الأصل ومنه قولهم كريم النصاب وقد ذكر في الزكاة (قوله من الخلاص) الخلاص بالكسر ما أخلصته النار من الذهب ومثله الخلاصة وهو الذي أخلص ولم يضرب . والتبر غير مخلص (قوله من حرز مهتوك) قد ذكرنا أن أصل الهتك خرق الستر (قوله حريسة الجبل) الحريسة هي الشاة المسروقة من المرعى يقال فلان يأكل الحرائس إذا كان يأكل أغنام الناس . والسارق محترس قال لنا حلماء لا يشيب غلامنا * غريبا ولا تؤوى إلينا الحرائس وكأنها لا حارس لها هناك إلا الجبل . وقال ابن السكيت الحريسة المسروقة ليلا قال في الشامل حريسة بمعنى محروسة أي مسروقة كما يقال قتيل بمعنى مقتول وسمى السارق حارسا (قوله ليس في الثمر المعلق قطع إلا ما أواه الجرين) المعلق ما دام على النخلة فهو معلق على القنو

فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع فأسقط القطع فى الماشية إلا ما آواه المراح وفى الثمر المعلق إلا ما آواه الجرين فدل على أن الحرز شرط فى إيجاب القطع ويرجع فى الحرز إلى ما يعرفه الناس حرزا فما عرفوه حرزا قطع بالسرقة منه وما لا يعرفونه حرزا لم يقطع بالسرقة منه لأن الشرع دل على اعتبار الحرز وليس له حد من جهة الشرع فوجب الرجوع فيه إلى العرف كالقبض والتفرق فى البيع وإحياء الموات فإن سرق مالا مثمنا كالذهب والفضة والخز والقز من البيوت أو الخانات الحريزة والدور المنيعة فى العمران ودونها أغلاق وجب القطع لأن ذلك حرز مثله وإن لم يكن دونها أغلاق فإن كان فى الموضع حافظ مستيقظ وجب القطع لأنه محرز به وإن لم يكن حافظ أو كان فيه حافظ نائم لم يجب القطع لأنه غير محرز فإن سرق من بيوت فى غير العمران كالرباطات التى فى البرية والجواسق التى فى البساتين فإن لم يكن فيها حافظ لم تقطع مغلقا كان الباب أو مفتوحا لأن المال لا يحرز فيه من غير حافظ وإن كان فيها حافظ فإن كان مستيقظا قطع السارق مغلقا كان الباب أو مفتوحا لأنه محرز به وإن كان نائما فإن كان مغلقا قطع لأنه محرز وإن كان مفتوحا لم يقطع لأنه غير محرز وإن سرق متاع الصيادلة والبقالين من الدكاكين فى الأسواق ودونها أغلاق أو درابات وعليها قفل أو سرق أوانى الخزف ودونها شرايح القصب فإن كان الأمن ظاهرا قطع السارق لأن ذلك حرز مثله وإن قل الأمن فإن كان فى السوق حارس قطع لأنه محرز به وإن لم يكن حارس لم يقطع لأنه غير محرز وإن سرق باب دار أو دكان قطع لأن حرزه بالنصب وإن سرق حلقة الباب وهى مسمرة فيه قطع لأنها محرزة بالتسمير فى الباب وإن سرق آجر الحائط قطع لأنه محرز بالتشريج فى البناء وإن سرق الطعام أو الدقيق فى غرائر شد بعضها إلى بعض فى موضع البيع قطع على المنصوص فمن أصحابنا من قال إن كان فى موضع مأمون فى وقت الأمن فيه ظاهر ولم يمكن أخذ شىء منه إلا بحل رباطه أو فتق طرفه قطع لأن العادة تركها فى موضع البيع ومن أصحابنا من قال لا يقطع إلا أن يكون فى بيت دونه باب مغلق والذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى غير العراق وإن سرق حطبا شد بعضه إلى بعض بحيث لا يمكن أن يسل منه شىء إلا بحل رباطه قطع لأنه محرز بالشد وإن كان متفرقا لم يقطع لأنه غير محرز ومن أصحابنا من قال لا يقطع إلا أن يكون فى بيت دونه باب مغلق مجتمعا كان أو متفرقا وإن سرق أجزاعا ثقالا مطروحة على أبواب المساكن قطع لأن العادة فيها تركها على الأبواب.

(فصل) وإن نبش قبرا وسرق منه الكفن فإن كان فى برية لم يقطع لأنه ليس بحرز للكفن وإنما يدفن فى البرية للضرورة وإن كان فى مقبرة تلى العمران قطع لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه ومن نبش قطعناه ولأن القبر حرز للكفن وإن كان الكفن أكثر من خمسة أثواب فسرق ما زاد على الخمسة لم يقطع لأن ما زاد على الخمسة ليس بمشروع فى الكفن فلم يجعل القبر حرزا له كالكيس المدفون معه وإن أكل السبع الميت وبقى الكفن ففيه وجهان أحدهما أنه ملك للورثة يقسم عليهم وهو قول أبى على ابن أبى هريرة وأبى على الطبرى لأن ذلك المال ينتقل إليهم بالإرث وإنما اختص الميت بالكفن للحاجة وقد زالت الحاجة فرجع إليهم والثانى أنه لبيت المال لأنهم لم يورثوه عند الموت فلم يرثوه بعده.

والجرين موضع يجفف فيه الثمر وهو الجرن أيضا ويسمى أيضا المربد والبيدر والأندر والمجن الترس لأنه يجن أى يستر والجمع المجان بالفتح وأصله مجانن بوزن مفاعل فأدغم ومنه الحديث كأن وجوههم المجان المطرقة (قوله فإن سرق مالا مثمنا) يقال شىء مثمن وثمين أى مرتفع الثمن لا يباع إلا بالثمن الكثير. والخانات جمع خان حيث يبيع التجار والخان أيضا موضع ينزله المسافرون (قوله ودونها أغلاق) جمع غلق وهو المغلاق الذى يغلق به الباب معروف ويقال الغلوق أيضا بالضم. والرباطات جمع رباط وهو ما يسكنه النساك والعباد. والجواسق جمع جوسق وهو منظر يبنى فى البساتين. والجوسق القصر أيضا (قوله متاع الصيادلة) هم الذين يبيعون العقاقير والأدوية وأحدهم صيدلانى: والصيدنانى بالنون أيضا لغة فيه وزيادة الألف والنون فيه للمبالغة وهو فى النسب كثير (قوله ودونها أغلاق أو درابات) هى شباك من خيوط تجعل على الدكاكين بالنهار (قوله شرائح القصب) جمع شريحة هو شىء ينسج من القصب بعد أن يشق يكون مشبكا مثل الشريحة التى تعمل من سعف النخل يحمل فيها البطيخ وسميت بذلك لتماثلها واستوائها يقال أشبه شرح شرحا وهو مثل. قيل إن يوسف بن عمر شريح الحجاج أى مثله. وتشريج الشىء بالشىء مداخلته وتشريج العيبة مداخلة عراها.

(فصل) وإن نام رجل على ثوب فسرقه سارق قطع لما روى صفوان بن أمية أنه قدم المدينة فنام في المسجد متوسدا رداءه فجاءه سارق فأخذ رداءه من تحت رأسه فأخذ صفوان السارق فجاء به النبي صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقطع يده فقال صفوان إني لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل أن تأتيني به ولأنه محرز به وإن زحف عنه في النوم فسرق لم يقطع لأنه زال الحرز فيه وإن ضرب فسطاطا وترك فيه مالا فسرق وهو فيه أو على بابه نائم أو مستيقظ قطع لأن عادة الناس إحراز المتاع في الخيم على هذه الصفة وإن لم يكن صاحبه معه لم يقطع السارق لأنه لا يترك الفسطاط بلا حافظ .

(فصل) وإن كان ماله بين يديه وهو ينظر إليه فتغفله رجل وسرق ماله قطع لأنه سرق من حرزه وإن نام أو اشتغل عنه أو جعله خلفه بحيث تناله اليد فسرق لم يقطع لأنه سرقه من غير حرز وان عليه الثياب في الحمام ولم يأمر الحمامي بحفظها فسرقت لم يضمن الحمامي لأنه لا يلزمه حفظها ولا يقطع السارق لأنه سرق من غير حرز لأن الحمام مستطرق وإن أمر الحمامي بحفظها فسرقت فإن كان الحمامي مراعيا له لم يضمن لأنه لم يفرط ويقطع السارق لأنه سرق من حرز وإن نام الحمامي أو تشاغل عن الثياب فسرقت ضمن الحمامي لأنه فرط في الحفظ ولم يقطع السارق لأنه سرق من غير حرز .

(فصل) فإن سرق ماشية من الرعي نظرت إن كان الراعي ينظر إليها ويبلغها صوته إذا زجرها قطع السارق لأنها في حرز وإن سرق والراعي نائم أو سرق منها ما غاب عن عينه بحائل لم يقطع لأن الحرز بالحفظ وما لا يراه غير محفوظ وإن سرق مالا يبلغها صوته لم يقطع لأنها تجتمع وتفترق بصوته وإذا لم يبلغها صوته لم تسكن في حفظه فلم يجب القطع بسرقته وإن سرق ماشية سائرة أو جمالا مقطرة فإن كان خلفها سائق ينظر إليها جميعها ويبلغها صوته إذا زجرها قطع لأنها محرزة به وإن سرق منها ما غاب عن عينه أو ما لم يبلغه صوته لبعده لم يقطع لما ذكرناه في الراعية وإن كان مع الجمال قائد إذا التفت نظر إلى جميعها وبلغها صوته إذا زجرها وأكثر الالتفات إليها قطع لأنها محرزة بالقائد وإن سرق مالا ينظر إليه إذا التفت أو لا يبلغه صوته أو لم يكثر الالتفات إليها لم يقطع لأنه سرق من غير حرز وإن كانت الجمال باركة فإن كان صاحبها ينظر إليها قطع السارق لأنها محرزة بحفظه وإن سرق وصاحبها نائم فإن كانت غير معقلة لم يقطع لأنها غير محرزة وإن كانت معقلة قطع لأن عادة الجمال إذا نام أن يعقلها وإن كان على الجمال أحمال كان حرزها كحرز الجمال لأن العادة ترك الأحمال على الجمال .

(فصل) ولا يجب القطع إلا بأن يخرج المال من الحرز بفعله فإن دخل الحرز ورمى المال إلى خارج الحرز أو نقب الحرز وأدخل يده أو محجنا معه فأخرج المال قطع وإن دخل الحرز وأخذ المال ودفعه إلى آخر خارج الحرز قطع لأنه هو الذي أخرجه فإن أخرجه ولم يأخذ منه الآخر فرده إلى الحرز لم يسقط القطع لأنه وجب القطع بالاخراج فلم يسقط بالرد وإن بط جيبه أو كمه فوقع منه المال أو نقب حرزا فيه طعام فانثال قطع لأنه خرج بفعله وإن كان في الحرز ماء جار فترك فيه المال حتى خرج إلى خارج الحرز قطع لأنه خرج بسبب فعله وإن تركه في ماء راكد فحركه حتى خرج المال قطع لما ذكرناه وإن حركه غيره لم يقطع لأنه لم يخرج المال بفعله وإن تفجر الماء وخرج المال ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لأنه سبب لخروجه والثاني أنه لا يقطع لأن خروجه بالانفجار الحادث من غير فعله وإن وضع المال في النقب في وقت هبوب الريح فأطارته الريح إلى خارج الحرز قطع كما لو تركه في ماء جار وإن وضعه ولا ريح ثم هبت ريح فأخرجته ففيه وجهان كما قلنا فيما لو تركه في ماء راكد فتفجر الماء فخرج به فإن وضع المال على حمار ثم قاده أو ساقه حتى خرج من الحرز قطع لأنه خرج بسبب فعله وإن خرج الحمار من غير سوق ولا قود ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لأن عادة البهائم إذا أثقلها الحمل أن تسير والثاني أنه لا يقطع لأنه سار باختياره وإن نقب الحرز وأمر صغيرا لا يميز بإخراج المال من الحرز فأخرجه قطع لأن الصغير كالآلة وإن دخل الحرز وأخذ جوهرة فابتلعها وخرج ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لأنه استهلكها في الحرز ولهذا يجب عليه قيمتها فلم يقطع كما لو أخذ طعاما فأكله والثاني أنه

(قوله وإن زحف عنه) أي تزلج وانسل قليلا قليلا ، من زحف الصبي على الأرض قبل أن يمشي : والفسطاط قد ذكر والمحجن عود معقف الطرف وأصله من الحجن بالتحريك وهو الاعوجاج (قوله طعام فانثال) أي انصب

يقطع لأنه أخرجه من الحرز فى وعاء فأشبه إذا جعلها فى جيبه ثم خرج وإن أخذ طيبا فتطيب به ثم خرج فإن لم يمكن أن يجتمع منه قدر النصاب لم يقطع لأنه استهلكه فى الحرز فصار كما لو كان طعاما فأكله وإن أمكن أن يجتمع منه قدر النصاب ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لأن استعمال الطيب إتلاف له فصار كالطعام إذا أكله فى الحرز والثانى أنه يقطع لأن عينه باقية ولهذا يجوز لصاحبه أن يطالبه برده :

(فصل) ولا يجب القطع حتى ينفصل المال عن جميع الحرز فإن سرق جذعا أو عمامة فأخذ قبل أن ينفصل الجميع من الحرز لم يقطع لأنه لا ينفرد بعضه عن بعض ولهذا لو كان فى طرف منه نجاسة لم تصح صلاته فيه فإذا لم يجب القطع فيما بقى من الحرز لم يجب فيما خرج منه وإن نقب رجلان حرزا فأخذ أحدهما المال ووضعه على باب النقب وأخذه الآخر ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليهما القطع لأنا لو لم نوجب القطع عليهما صار هذا طريقا إلى إسقاط القطع والثانى أنه لا يقطع واحد منهما وهو الصحيح لأن كل واحد منهما لم يخرج المال من كمال الحرز وإن نقب أحدهما الحرز ودخل الآخر وأخرج المال ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالمسئلة قبلها ومنهم من قال لا يجب القطع قولا واحدا لأن أحدهما نقب ولم يخرج المال والآخر أخرج المال من غير حرزه .

(فصل) وإن فتح مراحا فيه غنم فحلب من ألبانها قدر النصاب وأخرجه قطع لأن الغنم مع اللبن فى حرز واحد فصار كما لو سرق نصابا من حرزين فى بيت واحد :

(فصل) فإن دخل السارق إلى دار فيها سكان ينفرد كل واحد منهم ببيت مقفل فيه مال ففتح بيتا وأخرج المال إلى صحن الدار قطع لأنه أخرج المال من حرزه وإن كانت الدار لواحد وفيها بيت فيه مال فأخرج السارق المال من البيت إلى الصحن فإن كان باب البيت مفتوحا وباب الدار مغلقا لم يقطع لأن ما فى البيت محرز بباب الدار وإن كان باب الدار مفتوحا وباب البيت مغلقا قطع لأن المال محرز بالبيت دون الدار وإن كان باب البيت مفتوحا وباب الدار مفتوحا لم يقطع لأن المال غير محرز وإن كان باب البيت مغلقا وباب الدار مغلقا ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لأن البيت حرز لما فيه فقطع كما لو كان باب الدار مفتوحا والثانى أنه لا يقطع لأن البيت المغلق فى دار مغلقة حرز فى حرز فلم يقطع بالإخراج من أحدهما كما لو كان فى بيت مقفل صندوق مقفل فأخرج المال من الصندوق ولم يخرجه من البيت :

(فصل) وإن سرق الضيف من مال المضيف نظرت فإن سرقه من مال لم يحرزه عنه لم يقطع لما روى أبو الزبير عن جابر قال أضاف رجل رجلا فأنزله فى مشربة له فوجد متاعا له قد اختانه فيه فأتى به أبا بكر رضى الله عنه فقال خل عنه فليس بسارق وإنما هى أمانة اختانها ولأنه غير محرز عنه فلم يقطع فيه وإن سرقه من بيت مقفل قطع لما روى محمد بن حاطب أو الحارث أن رجلا قدم المدينة فكان يكثر الصلاة فى المسجد وهو أقطع اليد والرجل فقال له أبو بكر رضى الله عنه ما ليلك بليل سارق فلبثوا ما شاء الله ففقدوا حليا لهم فجعل الرجل يدعو على من سرق أهل هذا البيت الصالح فمر رجل بصائغ فرأى عنده حليا فقال ما أشبه هذا الحلى بحلى آل أبى بكر فقال للصائغ ممن اشتريته فقال من ضيف أبى بكر فأخذ فأقر فجعل أبو بكر رضى الله عنه يبكى فقالوا ما يبكيك من رجل سرق فقال أبكى لغرته بالله تعالى فأمر به فقطعت يده ولأن البيت المغلق حرز لما فيه فقطع بالسرقة منه :

(فصل) ولا يجب القطع بسرقة ما ليس بمال كالكلب والخنزير والخمر والسرجين سواء سرقه من مسلم أو من ذمى لأن القطع جعل لصيانة الأموال وهذه الأشياء ليست بمال فإن سرق إناء يساوى نصابا فيه خمر ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لأن ما فيه تجب إراقته ولا يجوز إقراره فيه والثانى أنه يقطع لأن سقوط القطع فيما فيه لا يوجب سقوط القطع فيه كما لو سرق إناء فيه بول :

(قوله فإن سرق جذعا) أراد الخشبة التى يبنى بها. وأصله جذع النخل : وصحن الدار وسطها (قوله فأنزله فى مشربة) المشربة الغرفة وهى الخلوة بلغة أهل اليمن قال الله تعالى «لهم غرف من فوقها غرف» (قوله أبكى لغرته بالله) الغرة ههنا الغفلة وقلة التجربة يقال رجل غر إذا لم يجرب الأمور : والغار الغافل أيضا والاسم الغرة .

(فصل) وإن سرق صنما أو بربطا أو مزمارا فان كان إذا فصل لم يصلح لغير معصية لم يقطع لأنه لاقيمة لما فيه من التأليف وإن كان إذا فصل يصلح لمنفعة مباحة ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يقطع لأنه مال يقوم على متلفه والثانى أنه لايقطع لأنه آلة معصية فلم يقطع بسرقته كالخمر والثالث وهو قول أبى على بن أبى هريرة رحمه الله أنه إن أخرجه مفصلا قطع لزوال المعصية وإن أخرجه غير مفصل لم يقطع لبقاء المعصية وإن سرق أوانى الذهب والفضة قطع لأنها تتخذ للزينة لا للمعصية.

(فصل) وإن سرق حرا صغيرا لم يقطع لأنه ليس بمال وإن سرقه وعليه حلى بقدر النصاب ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لأنه قصد سرقة ماعليه من المال والثانى أنه لا يقطع لأن يده ثابتة على ماعليه ولهذا لو وجد لقيط ومعه مال كان المال له فلم يقطع كما لو سرق جملا وعليه صاحبه وإن سرق أم ولد نائمة ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لأنها تضمن باليد فقطع بسرقتها كسائر الأموال والثانى أنه لايقطع لأن معنى المال فيها ناقص لأنه لايمكن نقل الملك فيها وإن سرق عينا موقوفة على غيره ففيه وجهان كالوجهين فى أم الولد وإن سرق من غلة وقف على غيره قطع لأنه مال يباع ويبتاع وإن سرق الماء ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لأنه يباع ويبتاع والثانى أنه لايقطع لأنه لايقصد إلى سرقته لكثرته.

(فصل) ولايقطع فيما له فيه شبهة لقوله عليه الصلاة والسلام ادرءوا الحدود بالشبهات فان سرق مسلم من مال بيت المال لم يقطع لما روى أن عاملا لعمر رضى الله عنه كتب إليه يسأله عمن سرق من مال بيت المال قال لاتقطعه فما من أحد إلا وله فيه حق وروى الشعبى أن رجلا سرق من بيت المال فبلغ عليا كرم الله وجهه فقال إن له فيه سهما ولم يقطعه وإن سرق ذمى من بيت المال قطع لأنه لاحق له فيه وإن كفن ميت بثوب من بيت المال فسرقه سارق قطع لأن بالتكفين به انقطع عنه حق سائر المسلمين وإن سرق من غلة وقف على المسلمين لم يقطع لأن له فيه حقا وإن سرق فقير من غلة وقف على الفقراء لم يقطع لأن له فيه حقا وإن سرق منها غنى قطع لأنه لاحق له فيها.

(فصل) وإن سرق رتاج الكعبة أو باب المسجد أو تأزيره قطع لماروى عن عمر رضى الله عنه أنه قطع سارقا سرق قبطية من منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه مال محرز بحرز مثله لاشبهة له فيه وإن سرق مسلم من قناديل المسجد أو من حصره لم يقطع لأنه جعل ذلك لمنفعة المسلمين وللسارق فيها حق وإن سرقه ذمى قطع لأنه لاحق له فيها.

(فصل) ومن سرق من ولده أو ولد ولده وإن سفل أو من أبيه أو من جده وإن علا لم يقطع وقال أبو ثور يقطع لقوله عز وجل والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما فعم ولم يخص وهذا خطأ لقوله عليه الصلاة والسلام ادرءوا الحدود بالشبهات وللأب شبهة فى مال الابن وللابن شبهة فى مال الأب لأنه جعل ماله كماله فى استحقاق النفقة ورد الشهادة فيه والآية نخصها بما ذكرناه ومن سرق ممن سواهما من الأقارب قطع لأنه لاشبهة له فى ماله ولا يقطع العبد بسرقة مال مولاه وقال أبو ثور يقطع لعموم الآية وهذا خطأ لما روى السائب بن يزيد أنه حضر عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقد جاءه عبد الله بن عمرو الحضرمى فقال إن غلامى هذا سرق فاقطع يده فقال عمر ماسرق فقال مرآة امرأتى فقال له أرسله خادمكم أخذ متاعكم ولكن لو سرق من غيركم قطع ولأن يده كيد المولى بدليل أنه لو كان بيده مال فادعاه رجل كان القول فيه قول المولى فيصير كما لو نقل ماله من زاوية داره إلى زاوية أخرى ولأن له فى ماله شبهة فى استحقاق النفقة فلم يقطع كالأب والابن وإن سرق من غيره قطع لقول عمر رضى الله عنه ولأنه لاشبهة له فى مال غيره وإن سرق أحد الزوجين من الآخر ماهو محرز عنه ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يقطع لأن النكاح عقد على المنفعة فلا يسقط القطع فى السرقة كالإجارة والثانى أنه لايقطع لأن الزوجة تستحق النفقة على الزوج والزوج يملك أن يحجز عليها ويمنعها من التصرف على قول بعض الفقهاء فصار ذلك شبهة والثالث أنه يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة ولا

(قوله وإن سرق صنما أو بربطا أو مزمارا) الصنم ماكان على صورة حيوان: والبربط من آلات اللهو قيل إنه عود الغناء وقيل غيره (قوله وإن سرق رتاج الكعبة) الرتاج الباب لأنه يرتج أى يسد (قوله سرق قبطية) هى عباءة منسوبة إلى القبط وهم جنس من العجم بمصر منهم فرعون مصر: تأزير المسجد هو تزيين حائطه بألوان الأصباغ وقد يكون بالذهب (قوله من زاوية) زويت الشىء جمعته وقبضته وفى الحديث زويت لى الأرض أى جمعت فكأنها تجمع الشىء وتقبضه

تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج لأن للزوجة حقا في مال الزوج بالنفقة وليس للزوج حق في مالها ومن لا يقطع من الزوجين بسرقة مال الآخر لا يقطع عبده بسرقة ماله لقول عمر رضي الله عنه في سرقة غلام الحضرمي الذي سرق مرآة امرأته أرسله فلا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم ولأن يد عبده كيده فكانت سرقته من ماله كسرقته :

(فصل) وإن كان له على رجل دين فسرق من ماله فان كان جاحدا له أو مماطلا له لم يقطع لأن له أن يتوصل إلى أخذه بدينه وإن كان مقرا مليا قطع لأنه لا شبهة له في سرقته وإن غصب مالا فأحرزه في بيت فنقب المغصوب منه البيت وسرق مع ماله نصابا من مال الغاصب ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه لا يقطع لأنه هتك حرزا كان له هتكه لأخذ ماله والثاني أنه يقطع لأنه لما سرق مال الغاصب علم أنه قصد سرقة مال الغاصب والثالث أنه إن كان ما سرقه متميزا عن ماله قطع لأنه لا شبهة له في سرقته وإن كان مختلطا بماله لم يقطع لأنه لا يتميز ما يجب فيه القطع مما لا يجب فيه فلم يقطع وإن سرق الطعام عام المجاعة نظرت إن كان الطعام موجودا قطع لأنه غير محتاج إلى سرقته وإن كان معدوما لم يقطع لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال لا قطع في عام المجاعة أو السنة ولأن له أن يأخذه فلم يقطع فيه :

(فصل) وإن نقب المؤجر الدار المستأجرة وسرق منها مالا للمستأجر قطع لأنه لا شبهة له في ماله ولا في هتك حرزه وإن نقب المعير الدار المستعارة وسرق منها مالا للمستعير ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لأن له أن يرجع في العارية فجعل النقب رجوعا والثاني وهو المنصوص أنه يقطع لأنه أحرز ماله بحرز بحق فأشبه إذا نقب المؤجر الدار المستأجرة وسرق مال المستأجر وإن غصب رجل مالا أو سرقه وأحرزه فجاء سارق فسرقه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لأنه حرز لم يرضه مالكه والثاني أنه يقطع لأنه سرق مالا شبهة له فيه من حرز مثله :

(فصل) وإن وهب المسروق منه العين المسروقة من السارق بعد ما رفع إلى السلطان لم يسقط القطع لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر في سارق رداء صفوان أن تقطع يده فقال صفوان إني لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل أن تأتيني به ولأن ما حدث بعد وجوب الحد لم يوجب شبهة في الوجوب فلم يؤثر في الحد كما لو زنى وهو عبد فصار حرا قبل أن يحد أو زنى وهو بكر فصار ثيبا قبل أن يحد وإن سرق عينا قيمتها ربع دينار فنقصت قيمتها قبل أن يقطع لم يسقط القطع لما ذكرناه وإن ثبتت السرقة بالبينة فأقر المسروق منه بالملك للسارق أو قال كنت أبحته له سقط القطع لأنه يحتمل أن يكون صادقا في إقراره وذلك شبهة فلم يجب معها الحد وإن ثبتت السرقة بالبينة فادعى السارق أن المسروق ماله وهبه منه أو أباحه له وأنكر المسروق منه ولم يكن للسارق بينة لم يقبل دعواه في حق المسروق منه لأنه خلاف الظاهر بل يجب تسليم المال إليه وأما القطع فالمنصوص أنه لا يجب لأنه يجوز أن يكون صادقا وذلك شبهة فمنعت وجوب الحد وذكر أبو إسحاق وجها آخر أنه يقطع لأنا لو أسقطنا القطع بدعواه أفضى إلى أن لا يقطع سارق وهذا خطأ لأنه يبطل به إذا ثبت عليه الزنا بامرأة وادعى زوجيتها فانه يسقط الحد وإن أفضى ذلك إلى إسقاط حد الزنا وإن ثبتت السرقة بالبينة والمسروق منه غائب فالمنصوص في السرقة أنه لا يقطع حتى يحضر فيدعي وقال فيمن قامت البينة عليه أنه زنى بأمة ومولاها غائب أنه يحد ولا ينتظر حضور المولى فاختلف أصحابنا فيه على ثلاثة مذاهب أحدها وهو قول أبي العباس ابن سريج رحمه الله إنه لا يقام عليه الحد في المسألتين حتى يحضر وما روى في حد الزنا سهو من الناقل ووجهه أنه يجوز أن يكون عند الغائب شبهة تسقط الحد بأن يقول المسروق منه كنت أبحته له ويقول مولى الأمة كنت وقفتها عليه والحد يدرأ بالشبهة فلا يقام عليه قبل الحضور والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه ينقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى فيكون في المسألتين قولان أحدهما أنه لا يحد لجواز أن يكون عند الغائب شبهة والثاني أنه يحد لأنه وجب الحد في الظاهر فلا يؤخر والثالث وهو قول أبي الطيب ابن سلمة وأبي حفص ابن الوكيل أنه يحد الزاني ولا يقطع السارق على ما نص عليه لأن حد الزنا لا تمنع الإباحة من وجوبه والقطع في السرقة تمنع الإباحة من وجوبه وإذا ثبتت السرقة والزنا بالإقرار فهو كما لو

(قوله وإن سرق الطعام عام المجاعة) هي مفعلة من الجوع وأصلها مجوعة فنقلت فتحة الواو إلى ما قبلها ثم قلبت ألفا ويقال مجوعة بفتح الواو ومن غير قلب (قوله السنة) هي الجدب والقحط يقال أصابتهم سنة أي قحط (قوله فهلا قبل أن تأتيني به) معناه فهلا عفوت عنه قبل أن تأتيني فحذف اختصارا

ثبتت بالبينة فيكون على ماتقدم من المذاهب ومن أصحابنا من قال فيه وجه آخر أنه يقطع السارق ويحد الزاني في الاقرار وجها واحدا والصحيح أنه كالبينة وإذا قلنا إنه ينتظر قدوم الغائب ففيه وجهان أحدهما أنه يحبس لأنه قد وجب الحد وبقي الاستيفاء فحبس كما يحبس من عليه القصاص إلى أن يبلغ الصبي ويقدم الغائب والثاني أنه إن كان السفر قريبا حبس إلى أن يقدم الغائب وإن كان السفر بعيدا لم يحبس لأن في حبسه إضرارا به والحق لله عز وجل فلم يحبس لأجله :

(فصل) وإذا ثبت الحد عند السلطان لم يجز العفو عنه ولا تجوز الشفاعة فيه لما روت عائشة رضي الله عنها قالت أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بسارق قد سرق فأمر به فقطع فقيل يارسول الله ماكنا نراك تبلغ به هذا قال لو كانت فاطمة بنت محمد لأقمت عليها الحد وروى عروة قال شفع الزبير في سارق فقيل حتى يأتي السلطان قال إذا بلغ السلطان فلعن الله الشافع والمشفع كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن الحد لله فلا يجوز فيه العفو والشفاعة :

(فصل) وإذا وجب القطع قطعت يده اليمنى فإن سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فإن سرق ثالثا قطعت يده اليسرى فإن سرق رابعا قطعت رجله اليمنى لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في السارق وإن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله وإن سرق خامسا لم يقتل لأن النبي صلى الله عليه وسلم بين في حديث أبي هريرة ما يجب عليه في أربع مرات فلو وجب في الخامسة قتل لبين ويعزز لأنه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فعزر فيها :

(فصل) وتقطع اليد من مفصل الكف لما روى عن أبي بكر رضي الله عنهما أنهما قالا إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع ولأن البطش بالكف ومازاد من الذراع تابع ولهذا تجب الدية فيه ويجب فيمازاد الحكومة وتقطع الرجل من مفصل القدم وقال أبو ثور تقطع الرجل من شطر القدم لما روى الشعبي قال كان علي عليه السلام يقطع الرجل من شطر القدم ويترك له عقبا ويقول أدع له مايعتمد عليه والمذهب ماذكرناه والدليل عليه ماروى عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقطع القدم من مفصلها ولأن البطش بالقدم ويجب فيها الدية فوجب قطعه :

(فصل) وإن سرق ولا يمين له قطعت الرجل اليسرى فإن كانت له يمين عند السرقة فذهبت بآكلة أو جناية سقط الحد ولم ينتقل الحد إلى الرجل والفرق بين المسألتين أنه إذا سرق ولا يمين له تعلق الحد بالعضو الذي يقطع بعدها وإذا سرق وله يمين تعلق القطع بها فإذا ذهبت زال ماتعلق به القطع فسقط وإن سرق وله يد ناقصة الأصابع قطعت لأن اسم اليد يقع عليها وإن لم يبق غير الراحة ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع وينتقل الحد إلى الرجل لأنه قد ذهبت المنفعة المقصودة بها ولهذا لا يضمن بأرش مقدر فصار كما لو لم يبق منها شيء والثاني أنه يقطع مابقي لأنه بقي جزء من العضو الذي تعلق به القطع فوجب قطعه كما لو بقيت أنملة إن سرق وله يد شلاء فإن قال أهل الخبرة إنها إذا قطعت انسدت عروقها قطعت وإن قالوا لا تنسد عروقها لم تقطع لأن قطعها يؤدي إلى أن يهلك :

(فصل) وإذا قطع فالسنة أن يعلق العضو في عنقه ساعة لما روى فضالة بن عبيد قال أتي النبي صلى الله عليه وسلم بسارق فأمر به فقطعت يده ثم أمر فعلقت في رقبته ولأن في ذلك ردعا للناس ويحسم موضع القطع لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتي بسارق فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع فأتي به فقال تب إلى الله تعالى فقال تبت إلى الله تعالى فقال تاب الله عليك والحسم هو أن يغلى الزيت غليا جيدا ثم يغمس فيه موضع القطع لتنحسم العروق وينقطع الدم فإن ترك الحسم جاز لأنها مداواة فجاز تركها وأما ثمن الزيت وأجرة القاطع فهو في بيت المال لأنه من المصالح فإن قال أنا أقطع بنفسي ففيه وجهان أحدهما أنه لا يمكن كما لا يمكن في القصاص والثاني أنه يمكن لأن الحق لله تعالى والقصد به التنكيل وذلك قد يحصل بفعله بخلاف القصاص فإنه يجب للآدمي للتشفي فكان الاستيفاء إليه :

(فصل) وإن وجب عليه قطع يمينه فأخرج يساره فاعتقد أنها يمينه أو اعتقد أن قطعها يجزئ عن اليمين فقطعها القاطع ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص أنه يجزئه عن اليمين لأن الحق لله تعالى ومبناه على المساهلة

(قوله من الكوع) هو العظم الذي يلي الابهام من الرسغ ويحسم موضع القطع. أصل الحسم القطع، حسمه فانحسم وأراد قطع الدم قطعه وحسمه وفي الحديث اقطعوه ثم احسموه أي اكووه لينقطع الدم ، والقصد به التنكيل أي التعذيب .

فقامت اليسار فيه مقام اليمين والثانى أنه لايجزئه لأنه قطع غير العضو الذى تعلق به القطع فعلى هذا إن كان القاطع تعمد قطع اليسار وجب عليه القصاص فى يساره وإن قطعها وهو يعتقد أنها يمينه أو قطعها وهو يعتقد أن قطعها يجزئه عن اليمين وجب عليه نصف الدية :

(فصل) إذا تلف المسروق فى يد السارق ضمن بدله وقطع ولا يمنع أحدهما الآخر لأن الضمان يجب لحق الآدمى والقطع يجب لله تعالى فلا يمنع أحدهما الآخر كالدية والكفارة :

(باب حد قاطع الطريق)

من شهر السلاح وأخاف السبيل فى مصر أو برية وجب على الإمام طلبه لأنه إذا ترك قويت شوكته وكثر الفساد به فى قتل النفوس وأخذ الأموال فإن وقع قبل أن يأخذ المال ويقتل النفس عزر وحبس على حسب ما يراه السلطان لأنه تعرض للدخول فى معصية عظيمة فعزر كالمتعرض للسرقة بالنقب والمتعرض للزنا بالقبلة وإن أخذ نصابا بمحرز بحرز مثله ممن يقطع بسرقة ماله وجب عليه قطع يده اليمنى ورجله اليسرى لما روى الشافعى عن ابن عباس أنه قال فى قطاع الطريق إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ونفيهم إذا هربوا أن يطلبوا حتى يؤخذوا وتقام عليهم الحدود لأنه ساوى السارق فى أخذ النصاب على وجه لا يمكن الاحتراز منه فساواه فى قطع اليد وزاد عليه بإخافة السبيل بشهر السلاح فغلظ بقطع الرجل فإن لم يكن له اليد اليمنى وله الرجل اليسرى قطع الرجل لأن الحد تعلق بهما فإذا فقد أحدهما تعلق الحد بالباقى كما قلنا فى السارق إذا كانت له يد ناقصة الأصابع وإن لم يكن له اليد اليمنى ولا الرجل اليسرى انتقل القطع إلى اليد اليسرى والرجل اليمنى لأن ما يبدأ به معدوم فتعلق الحد بما بعده وإن أخذ دون النصاب لم يقطع وخرج أبو على بن خيران قولا آخر أنه لا يعتبر النصاب كما لا يعتبر التكافؤ فى القتل فى المحاربة فى أحد القولين وهذا خطأ لأنه قطع يجب بأخذ المال فشرط فيه النصاب كالقطع فى السرقة فإن أخذ المال من غير حرز بأن انفرد عن القافلة أو أخذ من جمال مقطرة ترك القائد تعاهدها لم يقطع لأنه قطع يتعلق بأخذ المال فشرط فيه الحرز كقطع السرقة :

(فصل) وإن قتل ولم يأخذ المال انحتم قتله ولم يجز لولى الدم العفو عنه لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال نزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم أن من قتل ولم يأخذ المال قتل والحد لا يكون إلا حتما ولأن ما أوجب عقوبة فى غير المحاربة تغلظت العقوبة فيه بالمحاربة كأخذ المال يغلظ بقطع الرجل وإن جرح جراحة توجب القود فهل يتحتم القود فيه قولان أحدهما أنه يتحتم لأن ما أوجب القود فى غير المحاربة انحتم القود فيه فى المحاربة كالقتل والثانى أنه لا يتحتم لأنه تغليظ لا يتبعض فى النفس فلم يجب فيما دون النفس كالكفارة :

(فصل) وإن قتل وأخذ المال قتل وصلب ومن أصحابنا من قال يصلب حيا ويمنع الطعام والشراب حتى يموت وحكى أبو العباس ابن القاص فى التخليص عن الشافعى رضى الله عنه أنه قال يصلب ثلاثا قبل القتل ولا يعرف هذا للشافعى والدليل على أنه يصلب بعد القتل قوله صلى الله عليه وسلم إذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإن كان الزمان باردا أو معتدلا صلب بعد القتل ثلاثا وإن كان الحر شديدا وخيف عليه التغير قبل الثلاث حنط وغسل وكفن وصلى عليه وقال أبو على بن أبى هريرة رحمه الله يصلب إلى أن يسيل صديده وهذا خطأ لأن فى ذلك تعطيل أحكام الموتى من الغسل والتكفين والصلاة والدفن وإن مات فهل يصلب فيه وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله أنه لا يصلب لأن الصلب تابع للقتل وصفة له وقد سقط القتل فسقط الصلب والثانى وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى رحمه الله أنه يصلب لأنهما حقان فإذا تعذر أحدهما لم يسقط الآخر :

(ومن باب حد قاطع الطريق)

(قوله من شهر السلاح) أى سله وأخرجه من غمده . وأخاف السبيل أى الطريق . والمصر البلد العظيم (قوله قويت شوكته) الشوكة شدة البأس والحدة فى السلاح وقد شاك يشاك شوكا أى ظهرت شوكته وحدته (قوله انحتم قتله) أى وجب ولم يسقط بالعفو ولا الفداء : والحتم قطع الأمر وإبرامه من غير شك ولا نظر :

(فصل) وإن وجب عليه الحد ولم يقع فى يد الإمام طلب إلى أن يقع فيقام عليه الحد لقوله عز وجل «أو ينفوا من الأرض» وقد روينا عن ابن عباس أنه قال ونفيهم إذا هربوا أن يطلبوا حتى يوجدوا فتقام عليهم الحدود :

(فصل) ولا يجب ما ذكرناه من الحد إلا على من باشر القتل أو أخذ المال فأما من حضر ردءا لهم أو عينا فلا يلزمه الحد لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث كفر بعد إيمان وزنا بعد إحصان أو قتل نفس بغير حق ويعزر لأنه أعان على معصية تعزر وإن قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال وجب على من قتل القتل وعلى من أخذ المال القطع لأن كل واحد منهم انفرد بسبب حد فاختص بحده :

(فصل) إذا قطع قاطع الطريق اليد اليسرى من رجل وأخذ المال قدم قطع القصاص سواء تقدم على أخذ المال أو تأخر لأن حق الآدمى آكد فإذا اندمل موضع القصاص قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى لأخذ المال ولا يوالى بينهما لأنهما عقوبتان مختلفتان فلا تجوز الموالاة بينهما وإن قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وأخذ المال وقلنا إن القصاص يتحتم نظرت فان تقدم أخذ المال سقط القطع الواجب بسببه لأنه يجب تقديم القصاص عليه لتأكد حق الآدمى وإذا قطع للآدمى زال ما تعلق الوجوب به لأخذ المال فسقط وإن تقدمت الجناية لم يسقط الحد لأخذ المال فتقطع يده اليسرى ورجله اليمنى لأنه استحق بالجناية فيصير كمن أخذ المال وليس له يد يمنى ولا رجل يسرى فتعلق باليد اليسرى والرجل اليمنى .

(فصل) وإن تاب قاطع الطريق بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شىء مما وجب عليه من حد المحاربة لقوله عز وجل «إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم» فشرط فى العفو عنهم أن تكون التوبة قبل القدرة عليهم فدل على أنهم إذا تابوا بعد القدرة لم يسقط عنهم وإن تاب قبل القدرة عليه سقط عنه ما يختص بالمحاربة وهو انحتام القتل والصلب وقطع الرجل للآية وهل يسقط قطع اليد فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه يسقط لأنه قطع عضو وجب بأخذ المال فى المحاربة فسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع الرجل والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه لا يسقط لأنه قطع يد لأخذ المال فلم يسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع السرقة :

(فصل) فأما الحد الذى لا يختص بالمحاربة ينظر فيه فان كان للآدمى وهو حد القذف لم يسقط بالتوبة لأنه حق الآدمى فلم يسقط بالتوبة كالقصاص وإن كان لله عز وجل وهو حد الزنا واللواط والسرقة وشرب الخمر ففيه قولان أحدهما أنه لا يسقط بالتوبة لأنه حد لا يختص بالمحاربة فلم يسقط بالتوبة كحد القذف والثانى أنه يسقط وهو الصحيح والدليل عليه قوله عز وجل فى الزنا «فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان توابا رحيما» وقوله تعالى فى السرقة «فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم» وقوله صلى الله عليه وسلم التوبة تجب ما قبلها ولأنه حد خالص لله تعالى فسقط بالتوبة كحد قاطع الطريق فإن قلنا إنها تسقط نظرت فان كانت وجبت فى غير المحاربة لم تسقط بالتوبة حتى يقترن بها الإصلاح فى زمان يوثق بتوبته لقوله تعالى «فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما» ولقوله تعالى «فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن

(قوله أو ينفوا من الأرض) أى يطردوا نفيت فلانا أى طردته . وأما الفقهاء فقال بعضهم نفيهم أن يطلبوا حيث كانوا فيوجدوا وقال بعضهم نفيهم أن يحبسوا وقال بعضهم نفيهم أن يقتلوا فلا يبقوا (قوله فأما من حضر ردءا) أى عونا قال الله تعالى «ردءا يصدقنى» وأردأته أعنته (قوله إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) أى رجعوا عما كانوا عليه من المعصية إلى الطاعة وفعل الخير . وتوبة الله تعالى على عباده رجوعه عن الغضب إلى الرضا ، وقد تكون توبة الله عليهم الرجوع من التشديد إلى التخفيف ومن الحظر إلى الإباحة كقوله «علم أن لن تحصوه فتاب عليكم» أى رجع بكم إلى التخفيف بعد التشديد وقوله «علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم» أى أباح لكم ما حظر عليكم (قوله الصلب) أصل الصلب سيلان الصليب وهو الصديد والودك : قال الشاعر :

جريمة ناهض فى رأس نيق ... ترى لعظام ما جمعت صليبا

وقيل المقتول الذى يربط على خشبة حتى يسيل صليبه صليب ومصلوب وسمى ذلك الفعل صلبا (قوله عليه الصلاة السلام التوبة تجب ما قبلها) أصل التوبة الرجوع تاب إذا رجع : والجب القطع ولهذا قيل لمقطوع الذكر مجبوب

الله يتوب عليه» فعلق العفو بالتوبة والإصلاح ولأنه قد يظهر التوبة للتقية فلا يعلم صحتها حتى يقترن بها الإصلاح فى زمان يوثق فيه بتوبته وإن وجبت عليه الحدود فى المحاربة سقطت بإظهار التوبة والدخول فى الطاعة لأنه خارج من يد الإمام ممتنع عليه فإذا أظهر التوبة لم تحمل توبته على التقية .

(باب حد الخمر)

كل شراب أسكر كثيره حرم قليله وكثيره والدليل عليه قوله تعالى «إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون» واسم الخمر يقع على كل مسكر والدليل عليه ماروى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال كل مسكر خمر وكل خمر حرام وروى النعمان بن بشير رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال إن من التمر لخمرا وإن من البر لخمرا وإن من الشعير لخمرا وإن من العسل خمرا وروى سعد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أنهاكم عن قليل ماأسكر كثيره وروت أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ماأسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام .

(فصل) ومن شرب مسكرا وهو مسلم بالغ عاقل مختار وجب عليه الحد فإن كان حرا جلد أربعين جلدة لما روى أبو ساسان قال لما شهد على الوليد بن عقبة قال عثمان لعلى عليه السلام دونك ابن عمك فاجلده قال قم ياحسن فاجلده قال فيم أنت وذاك ول هذا غيرى قال ولكنك ضعفت وعجزت ووهنت فقال قم ياعبد الله بن جعفر فاجلده فجلده وعلى عليه السلام يعد ذلك

(قوله للتقية) إظهار مايؤمنه من الخوف .

(ومن باب حد الخمر)

فى تسمية الخمر خمرا ثلاثة أقوال أحدها أنها تخمر العقل أى تستره أخذ من خمار المرأة التى تستر به رأسها . والخمر الشجر الكثير الذى يغطى الأرض قال * فقد جاوزتما خمر الطريق * الثانى أنها تخمر نفسها لئلا يقع فيها شىء يفسدها وخصت بذلك لدوامها تحت الغطاء لتزداد جودتها وشدة سورتها ومنه قوله عليه الصلاة السلام «خمروا الآنية» أى غطوها الثالث لأنها تخامر العقل أى تخالطه قال الشاعر :

فخامر القلب من ترجيع ذكرتها   رس لطيف ورهن منك مكبول

(قوله إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان) الميسر القمار قال مجاهد كل شىء فيه قمار فهو ميسر حتى لعب الصبيان بالجوز . وقال الأزهرى الميسر الجزور التى كانوا يتقامرون عليها . وسمى ميسرا لأنه يجزأ أجزاء وكلما جزأته أجزاء فقد يسرته . والياسر الجزار الذى يجزئها والجمع أيسار . والأزلام القداح واحدها زلم بفتح الزاى وضمها وهى السهام التى كان أهل الجاهلية يستقسمون بها على الميسر قاله العزيزى . وقال الهروى كانت زلمات وسويت أى أخذ من حروفها . وكان أحد الجاهلية يجعلها فى وعاء له وقد كتب الأمر والنهى فإذا أراد سفرا أو حاجة أدخل يده فى ذلك الوعاء فإن خرج الآمر مضى لطيته وإن خرج الناهى كف وانصرف . وفيها كلام يطول . وأما الأنصاب فهو جمع نصب بفتح النون وضمها وهو حجر أو صنم منصوب يذبحون عنده يقال نصب ونصب ونصب ثلاث لغات . والرجس القذر والنتن ومنه قوله تعالى «إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس» أى العمل الخبيث المستقذر وقيل الشك . والرجس أيضا العذاب . وسميت الأصنام رجسا لأنها سبب الرجس وهو العذاب (قوله فيه شدة مطربة (١) الطرب خفة تعترى الإنسان من شدة فرح أو حزن قال فى الطرب بمعنى الحزن :

وقالوا قد بكيت فقلت كلا   وهل يبكى من الطرب الجليد

وقال فى معنى الفرح :

يا ديار الزهو والطرب   ومغانى اللهو واللعب

(قوله ماأسكر الفرق منه) الفرق بإسكان الراء مائة وعشرون رطلا وبفتحها ستة عشر رطلا . وقال ثعلب الفرق بفتح الراء اثنا عشر مدا ولا تقل فرق بالإسكان . وقال الزمخشرى هما لغتان والفتح أعلى (قوله وهنت) يقال وهن الإنسان ووهنه غيره يتعدى ولا يتعدى ووهن أيضا بالكسر وهنا أى ضعف

---

(١) هذه القولة لاتوجد لها مناسبة هنا .

فعد أربعين وقال جلد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وإن كان عبدا جلد عشرين لأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنا فان رأى الإمام أن يبلغ بحد الحر ثمانين وبحد العبد أربعين جاز لما روى أبو وبرة الكلبي قال أرسلني خالد بن الوليد إلى عمر رضي الله عنه فأتيته ومعه عثمان وعبد الرحمن بن عوف وعلى وطلحة والزبير رضى الله عنهم فقلت إن خالد بن الوليد رضى الله عنه يقرأ عليك السلام ويقول إن الناس قد انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة فيه قال عمر هم هؤلاء عندك فسلهم فقال على عليه السلام تراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون فقال عمر بلغ صاحبك ما قال فجلد خالد ثمانين وجلد عمر ثمانين قال وكان عمر إذا أتى الرجل القوى المنهمك فى الشراب جلده ثمانين وإذا أتى بالرجل الضعيف الذى كانت منه الزلة جلده أربعين فإن جلده أربعين ومات لم يضمن لأن الحق قتله وإن جلده ثمانين ومات ضمن نصف الدية لأن نصفه حد ونصفه تعزير وسقط النصف بالحد ووجب النصف بالتعزير وإن جلد إحدى وأربعين فمات ففيه قولان أحدهما أنه يضمن نصف ديته لأنه مات من مضمون وغير مضمون فضمن نصف ديته كما لو جرحه واحد جراحة وجرح نفسه جراحات والثانى أنه يضمن جزءا من أحد وأربعين جزءاً من الدية لأن الأسواط متماثلة فقسطت الدية على عددها وتخالف الجراحات فإنها لا تتماثل وقد يموت من جراحة ولا يموت من جراحات ولا يجوز أن يموت من سوط ويعيش من أسواط وإن أمر الامام الجلاد أن يضرب فى الخمر ثمانين فجلده إحدى وثمانين ومات المضروب فان قلنا إن الدية تقسط على عدد الضرب سقط منها أربعون جزءا لأجل الحد ووجب على الامام أربعون جزءا لأجل التعزير ووجب على الجلاد جزء وإن قلنا إنه يقسط على عدد الجناية ففيه وجهان أحدهما يسقط نصفها لأجل الحد ويبقى النصف على الامام نصفه وعلى الجلاد نصفه لأن الضرب نوعان مضمون وغير مضمون فسقط النصف بما ليس بمضمون ووجب النصف بما هو مضمون والثانى أنه تقسط الدية أثلاثا فسقط ثلثها بالحد وثلثها على الامام وثلثها على الجلاد لأن الحد ثلاثة أنواع فجعل لكل نوع الثلث :

(فصل) ويضرب فى حد الخمر بالأيدى والنعال وأطراف الثياب على ظاهر النص لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب الخمر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اضربوه قال فمنا الضارب بيده ومنا الضارب بنعله ومنا الضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض الناس أخزاك الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقولوا هكذا ولا تعينوا عليه الشيطان ولكن قولوا ارحمك الله ولأنه لما كان أخف من غيره فى العدد وجب أن يكون أخف من غيره فى الصفة وقال أبو العباس وأبو إسحاق يضرب بالسوط ووجهه ماروى أن عليا رضى الله عنه لما أقام الحد على الوليد بن عقبة قال لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد قال فأخذ السوط فجلده حتى انتهى إلى أربعين سوطا فقال له أمسك وإن قلنا إنه يضرب بغير السوط فضرب بالسوط أربعين سوطا فمات ضمن لأنه تعدى بالضرب بالسوط وكم يضمن فيه وجهان أحدهما أنه يضمن بقدر ما زاد ألمه على ألم النعال والثانى أنه يضمن جميع الدية لأنه عدل من جنس إلى غيره فأشبه إذا ضربه بما يجرح فمات منه :

(فصل) والسوط الذى يضرب به سوط بين سوطين ولا يمد ولا يجرد ولا تشد يده لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال ليس فى هذه الأمة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد :

(فصل) ولا يقام الحد فى المسجد لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن إقامة الحد فى المسجد ولأنه لا يؤمن أن يشق الجلد بالضرب فيسيل منه الدم أو يحدث من شدة الضرب فينجس المسجد وإن أقيم الحد فى المسجد سقط الفرض

(قوله انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة) أى لجوا فيها يقال انهمك الرجل فى الأمر أى جد ولج ، وكذلك تهمك : وتحاقروا العقوبة أى رأوها حقيرة صغيرة وحقره واستحقره استصغره ، والحقير الصغير (قوله إذا سكر هذى) أى تكلم بالهذيان وهو ما لا حقيقة له من الكلام يقال هذى يهذى ويهذو (قوله افترى) أى كذب والفرية الكذب والمفترى الكاذب وأصله الخلق فرى الأديم خلقه قال الله تعالى « وتخلقون إفكا » أى تتقولون وتفترون كذبا (قوله أخزاك الله) أى أذلك وأهانك يقال خزى يخزى خزيا أى ذل وهان . والخزى فى القرآن بمعنى الذل فى قوله تعالى «لهم فى الدنيا خزى» وبمعنى الهلاك فى قوله تعالى «من قبل أن نذل ونخزى» أى نهلك

لأن النهي لمعنى يرجع إلى المسجد لا إلى الحد فلم يمنع صحته كالصلاة في الأرض المغصوبة؛

(فصل) إذا زنى دفعات حد للجميع حدا واحدا وكذلك إن سرق دفعات أو شرب الخمر دفعات حد للجميع حدا واحدا لأن سببها واحد فتداخلت وإن اجتمعت عليه حدود بأسباب بأن زنى وسرق وشرب الخمر وقذف لم تتداخل لأنها حدود وجبت بأسباب فلم تتداخل وإن اجتمع عليه الجلد في حد الزنا والقطع في السرقة أو في قطع الطريق قدم حد الزنا تقدم الزنا أو تأخر لأنه أخف من القطع فإذا تقدم أمكن استيفاء القطع بعده وإذا قدم القطع لم يؤمن أن يموت منه فيبطل حد الزنا وإن اجتمع عليه مع ذلك حد الشرب أو حد القذف قدم حد الشرب وحد القذف على حد الزنا لأنهما أخف منه وأمكن للاستيفاء وإن اجتمع حد الشرب وحد القذف ففيه وجهان أحدهما أنه يقدم حد القذف لأنه للآدمي والثاني أنه يقدم حد الشرب وهو الصحيح لأنه أخف من حد القذف فإذا أقيم عليه حد لم يقم عليه حد آخر حتى يبرأ من الأول لأنه إذا والى عليه حدان لم يؤمن أن يتلف وإن اجتمع عليه حد السرقة والقطع في قطع الطريق قطعت يمينه للسرقة وقطع الطريق ثم تقطع رجله لقطع الطريق وهل تجوز الموالاة بينهما فيه وجهان أحدهما أنه تجوز لأن قطع الرجل مع قطع اليد حد واحد فجاز الموالاة بينهما والثاني أنه لا يجوز قطع الرجل حتى تندمل اليد لأن قطع الرجل لقطع الطريق وقطع اليد للسرقة وهما سببان مختلفان فلا يوالى بين حديهما والأول أصح لأن اليد تقطع لقطع الطريق أيضا فأشبه إذا قطع الطريق ولم يسرق وإن كان مع هذه الحدود قتل فإن كان في غير المحاربة أقيمت الحدود على ما ذكرناه من الترتيب والتفريق بينها فإذا فرغ من الحدود قتل وإن كان القتل في المحاربة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه يوالي بين الجميع والفرق بينه وبين القتل في غير المحاربة أن القتل في غير المحاربة غير متحتم وربما عفي عنه فتسلم نفسه والقتل في المحاربة متحتم فلا معنى لترك الموالاة والوجه الثاني أنه لا يوالي بينهما لأنه لا يؤمن إذا والى بين الحدين أن يموت في الثاني فيسقط ما بقي من الحدود

(باب التعزير)

من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة كمباشرة الأجنبية فيما دون الفرج وسرقة ما دون النصاب أو السرقة من غير حرز أو القذف بغير الزنا أو الجناية التي لا قصاص فيها وما أشبه ذلك من المعاصي عزر على حسب ما يراه السلطان لما روى عبد الملك بن عمير قال سئل علي كرم الله وجهه عن قول الرجل للرجل يا فاسق يا خبيث قال هن فواحش فيهن التعزير وليس فيهن حد وروي عن ابن عباس أنه لما خرج من البصرة استخلف أبا الأسود الديلي فأتي بلص نقب حرزا على قوم فوجدوه في النقب فقال مسكين أراد أن يسرق فأعجلتموه فضربه خمسة وعشرين سوطا وخلى عنه ولا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود فإن كان على حر لم يبلغ به أربعين وإن كان على عبد لم يبلغ به عشرين لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من بلغ بما ليس بحد حدا فهو من المعتدين وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا وروي عنه ثلاثين سوطا وروي عنه ما بين الثلاثين إلى الأربعين سوطا ولأن هذه المعاصي دون ما يجب فيه الحد فلا تلحق بما يجب فيه الحد من العقوبة وإن رأى السلطان ترك التعزير جاز تركه إذا لم يتعلق به حق آدمي لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود وروى عبد الله بن الزبير أن رجلا خاصم الزبير عند رسول الله صلى الله عليه وسلم في شراج الحرة التي يسقون به النخل فقال رسول الله

(ومن باب التعزير)

التعزير التأديب والإهانة والتعزير أيضا التعظيم ومنه قوله عز وجل «وتعزروه وتوقروه» وهو من الأضداد (قوله كمباشرة الأجنبية) وكذا المباشرة في مواضع كثيرة من الكتاب هو إلصاق بشرة الرجل ببشرة المرأة والبشرة ظاهر الجلد (قوله فهو من المعتدين) المعتدي هو الذي يجاوز حده وفعل ما لا يجوز فعله (قوله لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا) النكال ههنا العقوبة التي تنكل عن فعل جعلت له جزاء أي تمنع عن معاودة فعله وقوله تعالى «فجعلناها نكالا لما بين يديها» أي لمن يأتي بعدها فيتعظ بها فتمنعه عن فعل مثلها ؛ وسمي اللجام نكلا لأنه يمنع الفرس وسمي القيد نكلا لأنه يمنع المحبوس قال الله تعالى «إن لدينا أنكالا وجحيما» أي قيودا (قوله أقيلوا ذوي الهيئات) الهيئة الشارة يقال فلان حسن الهيئة والهيئة وأراد ذوي المروءات والأحساب (قوله شراج الحرة) هي مسايل الماء من بين الحجارة إلى السهل وقد ذكر

صلى الله عليه وسلم للزبير اسق أرضك الماء ثم أرسل الماء إلى جارك فغضب الأنصاري فقال يارسول الله وأن كان ابن عمتك فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يازبير اسق أرضك الماء ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر فقال الزبير فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ولو لم يجز ترك التعزير لعزره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماقال :

(فصل) وإن عزر الإمام رجلا فمات وجب ضمانه لما روى عمرو بن سعيد عن علي كرم الله وجهه أنه قال مامن رجل أقمت عليه حدا فمات فأجد في نفسي أنه لادية له إلا شارب الخمر فإنه لو مات وديته لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسنه ولا يجوز أن يكون المراد به إذا مات من الحد فإن النبي صلى الله عليه وسلم حد في الخمر فثبت أنه أراد من الزيادة على الأربعين ولأنه ضرب جعل إلى اجتهاده فإذا أدى إلى التلف ضمن كضرب الزوج زوجته :

(فصل) وإن كان على رأس بالغ عاقل سلعة لم يجز قطعها بغير إذنه فإن قطعها قاطع بإذنه فمات لم يضمن لأنه قطع بإذنه وإن قطعها بغير إذنه فمات وجب عليه القصاص لأنه تعدى بالقطع وإن كانت على رأس صبي أو مجنون لم يجز قطعها لأنه جرح لايؤمن معه الهلاك فإن قطعت فمات منه نظرت فإن كان القاطع لاولاية له عليه وجب عليه القود لأنها جناية تعدى بها وإن كان أبا أو جدا وجبت عليه الدية وإن كان وليا غيرهما ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه القود لأنه قطع منه مالا يجوز قطعه والثاني أنه لايجب القود لأنه لم يقصد القتل وإنما قصد المصلحة فعلى هذا يجب عليه دية مغلظة لأنها عمد خطأ والله التوفيق :

﴿ كتاب الأقضية ﴾

(باب ولاية القضاء وأدب القاضي)

القضاء فرض على الكفاية والدليل عليه قوله عز وجل «ياداود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق» وقوله عز وجل «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل» وقوله تعالى «وأن احكم بينهم بما أنزل الله» ولأن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بين الناس وبعث عليا كرم الله وجهه إلى اليمن للقضاء بين الناس ولأن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم حكموا بين الناس وبعث عمر رضي الله عنه أبا موسى الأشعري إلى البصرة قاضيا وبعث عبد الله بن مسعود إلى الكوفة قاضيا ولأن الظلم في الطباع فلابد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم فإن لم يكن من يصلح للقضاء إلا واحد تعين عليه ولزمه طلبه وإذا امتنع أجبر عليه لأن الكفاية لاتحصل إلا به فإن كان هناك من يصلح له غيره نظرت

(قوله فيما شجر بينهم) أي فيما وقع فيه خلاف بينهم : يقال اشتجر القوم وتشاجروا إذا اختلفوا واختصموا وتنازعوا وقد ذكر أيضا (قوله فأجد في نفسي) فيه حذف واختصار أي فأوجد في نفسي منه شكا ويحصل في صدري منه ارتياب وهذا يشبه قوله عليه الصلاة والسلام «الاثم ماحاك في صدرك» : والسلعة ذكرت :

(ومن كتاب الأقضية)

قال ابن الأعرابي القضاء في اللغة إحكام الشيء وإمضاؤه والفراغ منه وهو قوله تعالى «ثم اقضوا إلي» أي افرغوا من أمركم وأمضوا ما في أنفسكم وأصله قضاي لأنه من قضيت لأن الياء لما جاءت بعد الألف أبدلت همزة . والجمع الأقضية والقضية مثلها وجمعها قضايا على فعالي وأصله فعائل : وقضى أي حكم قال الله تعالى «وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه» وقضى في القرآن واللغة يأتي على وجوه تتقارب معانيها ومرجعها كلها إلى انقطاع الشيء وتمامه والفراغ منه منها قوله تعالى «فقضاهن سبع سموات» أراد قطعهن وأحكم خلقهن وفرغ منهن وقوله تعالى «فلما قضي ولوا إلى قومهم» أي فرغ من تلاوته وقوله تعالى «ولولا أجل مسمى لقضي بينهم» لفصل الحكم وقطع وقال أبو ذؤيب :

وعليهما مسرودتان قضاهما ... داود أو صنع السوابغ تبع

أي صنعهما وأحكم صنعتهما :

فإن كان خاملا وإذا ولى القضاء انتشر علمه استحب أن يطلبه لما يحصل به من المنفعة بنشر العلم وإن كان مشهورا فإن كانت له كفاية كره له الدخول فيه لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فكأنما ذبح بغير سكين ولأنه يلزمه بالقضاء حفظ الأمانات وربما عجز عنه وقصر فيه فكره له الدخول فيه وإن كان فقيرا يرجو بالقضاء كفاية من بيت المال لم يكره له الدخول فيه لأنه يكتسب كفاية بسبب مباح وإن كان جماعة يصلحون للقضاء اختار الإمام أفضلهم وأورعهم وقلده فإن اختار غيره جاز لأنه تحصل به الكفاية وإن امتنعوا من الدخول فيه أثموا لأنه حق وجب عليهم فأثموا بتركه كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهل يجوز للامام أن يجبر واحدا منهم على الدخول فيه أم لا فيه وجهان أحدهما أنه ليس له إجباره لأنه فرض على الكفاية فلو أجبرناه عليه تعين عليه والثانى أن له إجباره لأنه إذا لم يجبر بقى الناس بلا قاض وضاعت الحقوق وذلك لا يجوز ؛

(فصل) ومن تعين عليه القضاء وهو فى كفاية لم يجز أن يأخذ عليه رزقا لأنه فرض تعين عليه فلا يجوز أن يأخذ عليه مالا من غير ضرورة فإن لم يكن له كفاية فله أن يأخذ الرزق عليه لأن القضاء لابد منه والكفاية لابد منها فجاز أن يأخذ عليه الرزق فإن لم يتعين عليه فإن كانت له كفاية كره أن يأخذ عليه الرزق لأنه قربة فكره أخذ الرزق عليها من غير حاجة فإن أخذ جاز لأنه لم يتعين عليه وإن لم يكن له كفاية لم يكره أن يأخذ عليه الرزق لأن أبا بكر الصديق رضى الله عنه لما ولى خرج برزمة إلى السوق فقيل ما هذا فقال أنا كاسب أهلى فأجروا له كل يوم درهمين وعن عمر رضى الله عنه أنه قال أنزلت نفسى من هذا المال بمنزلة ولى اليتيم ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف وبعث عمر رضى الله عنه إلى الكوفة عمار بن ياسر واليا وعبد الله بن مسعود قاضيا وعثمان بن حنيف ماسحا وفرض لهم كل يوم شاة نصفها وأطرافها لعمار والنصف الآخر بين عبد الله وعثمان ولأنه لما جاز للعامل على الصدقات أن يأخذ مالا على العمالة جاز للقاضى أن يأخذ على القضاء ويدفع إليه مع رزقه شيء للقرطاس لأنه يحتاج إليه لكتب المحاضر ويعطى لمن على بابه من الأجرياء لأنه يحتاج إليهم لإحضار الخصوم كما يعطى من يحتاج إليه العامل على الصدقات من العرفاء ويكون ذلك من سهم المصالح لأنه من المصالح ؛

(فصل) ولا يجوز أن يكون القاضى كافرا ولا فاسقا ولا عبدا ولا صغيرا ولا معتوها لأنه إذا لم يجز أن يكون واحد من هؤلاء شاهدا فلأن لا يجوز أن يكون قاضيا أولى ولا يجوز أن يكون امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم ما أفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة ولأنه لابد للقاضى من مجالسة الرجال من الفقهاء والشهود والخصوم والمرأة ممنوعة من مجالسة الرجال لما يخاف عليهم من الافتتان بها ولا يجوز أن يكون أعمى لأنه لا يعرف الخصوم والشهود وفى الأخرس الذى يفهم الإشارة وجهان كالوجهين فى شهادته ولا يجوز أن يكون جاهلا بطرق الأحكام لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال القضاة ثلاثة قاضيان فى النار وقاض فى الجنة فأما الذى فى الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو فى الجنة وأما اللذان فى النار فرجل عرف الحق فجار فى حكمه فهو فى النار ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار ولأنه إذا لم يجز أن يفتى الناس وهو لا يلزمهم الحكم فلأن لا يجوز أن لا يقضى بينهم وهو يلزمهم الحكم أولى ويكره أن يكون القاضى جبارا عسوفا وأن يكون ضعيفا مهينا لأن الجبار يهابه الخصم فلا يتمكن من استيفاء حجته والضعيف يطمع فيه الخصم وينبسط عليه ولهذا قال بعض السلف وجدنا هذا الأمر لا يصلحه إلا شدة من غير عنف ولين من غير ضعف ؛

(فصل) ولا يجوز ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو تولية من فوض إليه الإمام لأنه من المصالح العظام فلا يجوز إلا من جهة

(قوله إن كان خاملا) الخامل الساقط الذى لا نباهة له وقد خمل يخمل خمولا وأخملته أنا (قوله من استقضى فكأنما ذبح بغير سكين) قال فى الشامل لم يخرج مخرج الذم للقضاء وإنما وصفه بالمشقة فكأن من قلده فقد حمل على نفسه مشقة كمشقة الذبح . والمعتوه الناقص العقل وقد ذكر فى الوصايا (قوله وقلده) هو من القلادة التى تكون فى العنق (قوله برزمة إلى السوق) الرزمة الكارة من الثياب وقد رزمها ترزيما أى شد رزمها (قوله جبارا) قيل الجبار الذى يقتل على الغضب وقيل هو ذو السطوة والقهر ومنه يقال جبرته على كذا وأجبرته إذا أكرهته عليه وقهرته ومنه جبر العظم لأنه كالإكراه على الإصلاح (قوله عسوفا) أى ظلوما والعسف الظلم وأصل العسف الأخذ على غير الطريق ومثله التعسف والاعتساف (قوله مهينا) أى حقيرا وفسر قوله تعالى من ماء مهين أى حقير . وقال الفراء المهين العاجز وأراد بالضعيف ضعيف الرأى والتدبير لا ضعيف الجسم (قوله من غير عنف) العنف

الإمام فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح أن يكون حاكما ليحكم بينهما جاز لأنه تحاكم عمرو أبي بن كعب إلى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم واختلف قوله في الذي يلزم به حكمه فقال في أحد القولين لا يلزم الحكم إلا بتراضيهما بعد الحكم وهو قول المزني رحمه الله تعالى لأنا لو ألزمناهما حكمه كان ذلك عزلا للقضاة وافتياتا على الامام ولأنه لما اعتبر تراضيهما في الحكم اعتبر رضاهما في لزوم الحكم والثاني أنه يلزم بنفس الحكم لأن من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضي الذي ولاه الامام واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم فمنهم من قال يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضي الذي ولاه الامام ومنهم من قال يجوز في الأموال فأما في النكاح والقصاص واللعان وحد القذف فلا يجوز فيها التحكيم لأنها حقوق بنيت على الاحتياط فلم يجز فيها التحكيم.

(فصل) ويجوز أن يجعل قضاء بلد إلى اثنين وأكثر على أن يحكم كل واحد منهم في موضع ويجوز أن يجعل إلى أحدهما القضاء في حق وإلى الآخر في حق آخر وإلى أحدهما في زمان وإلى الآخر في زمان آخر لأنه نيابة عن الامام فكان على حسب الاستنابة وهل يجوز أن يجعل إليهما القضاء في مكان واحد في حق واحد وزمان واحد فيه وجهان أحدهما أنه يجوز لأنه نيابة فجاز أن يجعل إلى اثنين كالوكالة والثاني أنه لا يجوز لأنهما قد يختلفان في الحكم فتقف الحكومة ولا تنقطع الخصومة.

(فصل) ولا يجوز أن يعقد تقلد القضاء على أن يحكم بمذهب بعينه لقوله عز وجل «فاحكم بين الناس بالحق» والحق ما دل عليه الدليل وذلك لا يتعين في مذهب بعينه فإن قلد على هذا الشرط بطلت التولية لأنه علقها على شرط وقد بطل الشرط فبطلت التولية.

(فصل) وإذا ولى القضاء على بلد كتب له العهد بما ولى لأن النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم حين بعثه إلى اليمن وكتب أبو بكر الصديق رضي الله عنه لأنس حين بعثه إلى البحرين كتابا وختمه بخاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى حارثة بن مضرب أن عمر كتب إلى أهل الكوفة أما بعد فإني بعثت إليكم عمارا أميرا وعبد الله قاضيا ووزيرا فاسمعوا لهما وأطيعوا فقد آثرتكم بهما فإن كان البلد الذي ولاه بعيدا أشهد له على التولية شاهدين ليثبت بهما التولية وإن كان قريبا بحيث يتصل به الخبر في التولية فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه يجب الاشهاد لأنه عقد فلا يثبت بالاستفاضة كالبيع والثاني وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه لا يجب الاشهاد لأنه يثبت بالاستفاضة فلا يفتقر إلى الاشهاد والمستحب للقاضي أن يسأل عن أمناء البلد ومن فيه من العلماء لأنه لا بد له منهم فاستحب تقدم العلم بهم والمستحب أن يدخل البلد يوم الاثنين لأن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة يوم الاثنين والمستحب أن ينزل وسط البلد ليتساوى الناس كلهم في القرب منه ويجمع الناس ويقرأ عليهم العهد ليعلموا التولية وما فوض إليه.

(فصل) فإذا أذن له من ولاه أن يستخلف فله أن يستخلف وإن نهاه عن الاستخلاف لم يجز له أن يستخلف لأنه نائب عنه فتبع أمره ونهيه وإن لم يأذن له ولم ينهه نظرت فإن كان ما تقلده يقدر أن يقضي فيه بنفسه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه يجوز أن يستخلف لأنه ينظر في المصالح فجاز أن ينظر بنفسه وبغيره والثاني وهو المذهب أنه لا يجوز لأن الذي

ضد الرفق يقال عنف عليه وعنف به أيضا (قوله بنيت على الاحتياط) الاحتياط على الشيء الاحداق به من جميع جهاته ومنه حمى الحائط وأصله الحفظ حاطه يحوطه أي حفظه والمعنى أن يحكم باليقين والقطع من غير تخمين ويأخذ بالثقة في أموره وأحكامه (قوله كتب له العهد) أصل العهد الوصية وقد عهدت إليه أي وصيته ومنه اشتق العهد الذي يكتب للولاة قال الله تعالى «ولقد عهدنا إلى آدم من قبل فنسي» أي أوصيناه أن لا يأكل من الشجرة فنسي. والعهد اليمين من قوله علي عهد والعهد من قولك عهدته بمكان كذا (قوله قاضيا ووزيرا) الوزير مشتق من الوزر وهو الجبل والملجأ كأنه يستند إليه في الأمور، قال الله تعالى «كلا لا وزر» أي لا ملجأ وقيل بل هو مشتق من الوزر وهو الثقل كأنه يحمل أثقال أموره وأعباءه. والوزر هو الحمل المثقل للظهر من قوله تعالى «ووضعنا عنك وزرك الذي أنقض ظهرك» (قوله فقد آثرتكم بهما) قيل فضلتكم بهما وقيل اخترتكم والمراد ههنا خصصتكم بهما دون غيركم يقال استأثر فلان بكذا أي خص به دون غيره وانفرد به. قال الشاعر:

استأثر الله بالبقاء وبالعد ل وولى الملامة الرجلا

ولاه لم يرض بنظر غيره وإن كان ماولاه لايقدر أن يقضي فيه بنفسه لكثرته جاز أن يستخلف فيما لايقدر عليه لأن تقليده ما لايقدر عليه بنفسه إذن له في الاستخلاف فيما لايقدر عليه كما أن توكيل الوكيل فيما لايقدر عليه بنفسه إذن له في استنابة غيره وهل له أن يستخلف فيما يقدر عليه أن يقضي فيه بنفسه فيه وجهان أحدهما أن له ذلك لأن ما جاز له أن يستخلف في البعض جاز أن يستخلف في الجميع كالامام والثاني أنه لايجوز لأنه إنما أجيز له أن يستخلف فيما لايقدر عليه للعجز فوجب أن يكون مقصورا على ماعجز عنه .

(فصل) ولا يجوز أن يقضي ولا يولي ولا يسمع البينة ولا يكاتب قاضيا في حكم في غير عمله فان فعل شيئا من ذلك في غير عمله لم يعتد به لأنه لاولاية له في غير عمله فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الرعية .

(فصل) ولا يحكم لنفسه وإن اتفقت له حكومة مع خصم تحاكما فيها إلى خليفة له لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تحاكم مع أبي بن كعب إلى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان رضي الله عنه مع طلحة إلى جبير بن مطعم وتحاكم علي عليه السلام مع يهودي في درع إلى شريح ولأنه لايجوز أن يكون شاهدا لنفسه فلا يجوز أن يكون حاكما لنفسه ولا يجوز أن يحكم لوالده وإن علا ولا لولده وإن سفل وقال أبو ثور يجوز وهذا خطأ لأنه متهم في الحكم لهما كما يتهم في الحكم لنفسه وإن تحاكم إليه والده مع ولده فحكم لأحدهما فقد قال بعض أصحابنا إنه يحتمل وجهين أحدهما أنه لايجوز كما لايجوز إذا حكم له مع أجنبي والثاني أنه يجوز لأنهما استويا في التعصيب فارتفعت عنه تهمة الميل وإن أراد أن يستخلف في أعماله والده وولده جاز لأنهما يجريان مجرى نفسه ثم يجوز أن يحكم في أعماله فجاز أن يستخلفهما للحكم في أعماله وأما إذا فوض الامام إلى رجل أن يختار قاضيا لم يجز أن يختار والده أو ولده لأنه لا يجوز أن يختار نفسه فلا يجوز أن يختار والده أو ولده .

(فصل) ولا يجوز أن يرتشي على الحكم لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم ولأنه أخذ مال على حرام فكان حراما كمهر البغي ولا يقبل هدية ممن لم يكن له عادة أن يهدي إليه قبل الولاية لما روى أبو حميد الساعدي قال استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من بني أسد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي إلي فقام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال ما بال العامل نبعثه على بعض أعمالنا فيقول هذا لكم وهذا أهدي إلي ألا جلس في بيت أبيه أو أمه فينظر أيهدي إليه أم لا والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئا إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته فدل على أن ما أهدي إليه بعد الولاية لايجوز قبوله وأما من كانت له عادة بأن يهدي إليه قبل الولاية برحم أو مودة فإنه إن كانت له في الحال حكومة لم يجز قبولها منه لأنه لايأخذ في حال يتهم فيه وإن لم يكن له حكومة فان كان أكثر مما كان يهدي إليه أو أرفع منه لم يجز له قبولها لأن الزيادة حدثت بالولاية وإن لم يكن أكثر ولا أرفع مما كان يهدى إليه جاز قبولها لخروجها عن تسبب الولاية والأولى أن لايقبل لجواز أن يكون قد أهدى إليه لحكومة منتظرة .

(فصل) ويجوز أن يحضر الولائم لأن الإجابة إلى وليمة غير العرس مستحبة وفي وليمة العرس وجهان أحدهما أنها فرض على الأعيان والثاني أنها فرض على الكفاية ولا يخص في الإجابة قوما دون قوم لأن في تخصيص بعضهم ميلا وتركا للعدل فإن كثرت عليه وقطعته عن الحكم ترك الحضور في حق الجميع لأن الاجابة إلى الوليمة إما أن تكون سنة أو فرضا على الكفاية أو فرضا على الأعيان إلا أنه لا يستضر بتركها جميع المسلمين والقضاء فرض عليه ويستضر بتركه جميع المسلمين فوجب تقديم القضاء

(فصل) ويجوز أن يعود المرضى ويشهد الجنائز ويأتي مقدم الغائب لقوله صلى الله عليه وسلم عائد المريض في مخرف من مخارف الجنة حتى يرجع وعاد النبي صلى الله عليه وسلم سعدا وجابرا وعاد غلاما يهوديا في جواره وعرض عليه الاسلام فأجاب وكان يصلي على الجنائز فإن كثرت عليه أتى من ذلك مالا يقطعه عن الحكم والفرق بينه وبين حضور الولائم حيث قلنا إنها إذا كثرت عليه ترك الجميع

أي تفرد بالبقاء جل وعز (قوله ابن اللتبية) بضم اللام وإسكان التاء منسوب إلى بني لتب وهم حي من أزد (قوله عائد المريض في مخرف من مخارف الجنة) المخرف بالفتح البستان قال الأصمعي واحد المخارف مخرف وهو جنس النخل سمي بذلك لأنه يخرف أي يجتنى

أن الحضور فى الولائم لحق أصحابها فإذا حضر عند بعضهم كان ذلك للميل إلى من يحضره والحضور فى هذه الأشياء لطلب الثواب لنفسه فلم يترك ماقدر عليه .

(فصل) ويكره أن يباشر البيع والشراء بنفسه لماروى أبو الأسود المالكى عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ماعدل وال اتجر فى رعيته أبدا وقال شريح شرط على عمر رضى الله عنه حين ولانى القضاء أن لاأبيع ولاأبتاع ولاأرتشى ولا أقضى وأنا غضبان ولأنه إذا باشر ذلك بنفسه لم يؤمن أن يحابى فيميل إلى من حاباه فإن احتاج إلى البيع والشراء وكل من ينوب عنه ولا يكون معروفا به فان عرف أنه وكيله استبدل بمن لايعرف به حتى لايحابى فتؤدى المحاباة إليه فان لم يجد من ينوب عنه تولى بنفسه لأنه لابد له منه فإذا وقعت لمن بايعه حكومة استخلف من يحكم بينه وبين خصمه لأنه إذا تولى الحكم بنفسه لم يؤمن أن يميل إليه .

(فصل) ولايقضى فى حال الغضب ولافى حال الجوع والعطش ولافى حال الحزن والفرح ولايقضى والنعاس يغلبه ولايقضى والمرض يقلقه ولايقضى وهو يدافع الأخبثين ولايقضى وهو فى حر مزعج ولافى برد مؤلم لماروى أبو بكرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لاينبغى للقاضى أن يقضى بين اثنين وهو غضبان وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايقضى القاضى إلا وهو شبعان ريان ولأن فى هذه الأحوال يشتغل قلبه فلا يتوفر على الاجتهاد فى الحكم وإن حكم فى هذه الأحوال صح حكمه لأن الزبير ورجلا من الأنصار اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شراج الحرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير اسق زرعك ثم أرسل الماء إلى جارك فقال الأنصارى وأن كان ابن عمتك يارسول الله فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمر وجهه ثم قال للزبير اسق زرعك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم أرسله إلى جارك فحكم فى حال الغضب .

(فصل) والمستحب أن يجلس للحكم فى موضع بارز يصل إليه كل أحد ولا يحتجب من غير عذر لماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من ولى من أمر الناس شيئا فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب الله دون فاقته وفقره والمستحب أن يكون المجلس فسيحا حتى لايتأذى بضيقه الخصوم ولايزاحم فيه الشيخ والعجوز وأن يكون موضعا لايتأذى فيه بحر أو برد أو دخان أو رائحة منتنة لأن عمر رضى الله عنه كتب إلى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه وإياك والقلق والضجر وهذه الأشياء تفضى إلى الضجر وتمنع الحاكم من التوفر على الاجتهاد وتمنع الخصوم من استيفاء الحجة فإن حكم فى هذه الأحوال صح الحكم كما يصح فى حال الغضب ويكره أن يجلس للقضاء فى المسجد لماروى معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم وحدودكم وسل سيوفكم وشراءكم وبيعكم ولأن الخصومة يحضرها اللغط والسفه فينزه المسجد عن ذلك ولأنه قد يكون الخصم جنبا أو حائضا فلا يمكنه المقام فى المسجد للخصومة فإن جلس فى المسجد لغير الحكم فحضر خصمان لم يكره أن يحكم بينهما لماروى الحسن البصرى قال دخلت المسجد فرأيت عثمان رضى الله عنه قد ألقى رداءه ونام فأتاه سقاء بقربة ومعه خصم فجلس عثمان وقضى بينهما وإن جلس فى البيت لغير الحكم فحضره خصمان لم يكره أن يحكم بينهما لماروت أم سلمة رضى الله عنها قالت اختصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلان من الأنصار فى مواريث متقادمة فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فى بيتى

(قوله لم يؤمن أن يحابى) المحاباة أن يبيع إليه بأقل من ثمن المثل وقد ذكر (قوله والمرض يقلقه) قال الجوهرى القلق الانزعاج يقال بات قلقا وأقلقه غيره (قوله يدافع الأخبثين) تثنية الأخبث وهما البول والغائط ومعناه الخبيثين أى النجسين المستقذرين لكن لفظة أفعل أبلغ وأكثر (قوله فى حر مزعج) أزعجه أى أقلقه من مكانه وانزعج بنفسه . والمزعاج المرأة التى لاتستقر فى مكان . والقلق ضيق الصدر وقلة الصبر (قوله فلا يتوفر على الاجتهاد) أى لايستوفيه ويتمه . والموفور التام والوفور التمام . والوفر المال الكثير وشراج الحرة قد ذكر (قوله فى موضع بارز) أى ظاهر غير مستور وبرزوا لله الواحد القهار أى ظهروا ولم يسترهم عنه شىء (قوله دون فاقته وفقره) الفاقة الحاجة والفقر ضد الغنى وهما متقاربان (قوله يحضرها اللغط والسفه) هو الصوت والجلبة يقال لغطوا يلغطون لغطا ولغطا ولغاطا . والسفه هنا التشاتم وذكر المعايب

(فصل) وإن احتاج إلى أجرياء لإحضار الخصوم اتخذ أجرياء أمناء يوصيهم بالرفق بالخصوم ويكره أن يتخذ حاجبا لأنه لا يؤمن أن يمنع من له ظلامة أو يقدم خصما على خصم فإن دعت الحاجة إلى ذلك اتخذ أمينا بعيدا من الطمع ويوصيه بما يلزمه من تقديم من سبق من الخصوم ولا يكره للامام أن يتخذ حاجبا لأن يرفأ كان حاجب عمر والحسن البصرى كان حاجب عثمان وقنبر كان حاجب على عليه السلام ولأن الإمام ينظر فى جميع المصالح فتدعوه الحاجة إلى أن يجعل لكل مصلحة وقتا لا يدخل فيه كل أحد :

(فصل) ويستحب أن يكون له حبس لأن عمر رضى الله عنه اشترى دارا بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجنا واتخذ على عليه السلام سجنا وحبس عمر رضى الله عنه الحطيئة الشاعر فقال :

ماذا تقول لأفراخ بذى مرخ ... حمر الحواصل لا ماء ولا شجر

ألقيت كاسبهم فى قعر مظلمة ... فارحم عليك سلام الله يا عمر

فخلاه وحبس عمر آخر فقال :

يا عمر الفاروق طال حبسى ... ومل منى إخوتى وعرسى

فى حادث لم تقترفه نفسى ... والأمر أضوأ من شعاع الشمس

ولأنه يحتاج إليه للتأديب ولاستيفاء الحق من المماطل بالدين ويستحب أن يكون له درة للتأديب لأن عمر رضى الله عنه كانت له درة يؤدب بها الناس :

(فصل) وإن احتاج إلى كاتب اتخذ كاتبا لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم على بن أبى طالب وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ومن شرطه أن يكون عارفا بما يكاتب به القضاة من الأحكام وما يكتبه من المحاضر والسجلات لأنه إذا لم يعرف ذلك أفسد ما يكتبه بجهله وهل من شرطه أن يكون مسلما عدلا فيه وجهان أحدهما أن ذلك شرط فلا يجوز أن يكون كافرا لأن أبا موسى الأشعرى قدم على عمر رضى الله عنه ومعه كاتب نصرانى فانتهره عمر رضى الله عنه وقال لا تأمنوهم وقد خونهم الله ولا تدنوهم وقد أبعدهم الله ولا تعزوهم وقد أذلهم الله ولأن الكافر عدو للمسلمين فلا يؤمن أن يكتب ما يبطل به حقوقهم ولا يجوز أن يكون فاسقا لأنه لا يؤمن أن يخون والوجه الثانى أن ذلك يستحب لأن ما يكتبه لا بد أن يقف عليه القاضى ثم يمضيه فيؤمن فيه من الخيانة :

(فصل) ولا يتخذ شهودا معينين لا تقبل شهادة غيرهم لأن فى ذلك تضييقا على الناس وإضرارا بهم فى حفظ حقوقهم ولأن شروط الشهادة لا تختص بالمعينين فلم يجز تخصيصهم بالقبول :

(فصل) ويتخذ قوما من أصحاب المسائل ليتعرف بهم أحوال من جهلت عدالته من الشهود وينبغى أن يكونوا عدولا برآء من الشحناء

(قوله وإن احتاج إلى أجرياء) الأجرياء جمع جرى مشدد غير مهموز وهو الوكيل والرسول يقال جرى بين الجراية والجراية والجمع أجرياء : وسمى الوكيل جريا لأنه يجرى مجرى موكله وفى الحديث "ولوا بقولكم ولا يستجرينكم الشيطان . والحاجب مشتق من الحجب وهو الستر والمنع كأنه يستره ويمنع من الدخول إليه . ويرفا غير مهموز هكذا السماع (قوله الحطيئة) سمى الحطيئة لقصره والحطيئة الرجل القصير : وقال ثعلب سمى الحطيئة لدمامته وقيل إنه كان فى صغره يلعب مع الصبيان فضرط فقيل ما هذا قال خطيئة يريد ضرطة فسمى حطيئة (قوله بذى مرخ) بالخاء اسم موضع بعينه ومن رواه مرج بالجيم فخطئ لأن المرج بإسكان الراء هو الموضع الذى يكون كثير الماء والشجر وقد قال لا ماء ولا شجر فدل على غيره ولا يستقيم وزن البيت من غير تسكين الراء أيضا (قوله :

ومل منى إخوتى وعرسى ... فى حدث لم تقترفه نفسى

العرس الزوجة : ولم تقترفه لم تكتسبه والاقتراف الاكتساب : وفلان يقترف لعياله أى يكتسب. فى حدث فى أمر وقع ولم يكن قبل (قوله برآء من الشحناء) الشحناء العداوة وكذلك الشحنة ، وعدو مشاحن : ولعل اشتقاقه من الشحن وهو الملء أى ممتلئ عداوة من قوله تعالى «فى الفلك المشحون» أى المملوء

بينهم وبين الناس بعداء من العصبية فى نسب أو مذهب حتى لا يحملهم ذلك على جرح عدل أو تزكية غير عدل وأن يكونوا وافرى العقول ليصلوا بوفور عقولهم إلى المطلوب ولا يسترسلوا فيسألوا أعداوا أو صديقا لأن العدو يظهر القبيح ويخفى الجميل والصديق يظهر الجميل ويخفى القبيح وإن شهد عنده شاهد نظرت فإن علم عدالته قبل شهادته وإن علم فسقه لم يقبل شهادته ويعمل فى العدالة والفسق بعلمه وإن جهل إسلامه لم يحكم حتى يسأل عن إسلامه ولا يعمل فى إسلامه بظاهر الدار كما يعمل فى إسلام اللقيط بظاهر الدار لأن أعرابيا شهد عند النبى صلى الله عليه وسلم برؤية الهلال فلم يحكم بشهادته حتى سأل عن إسلامه ولأنه يتعلق بشهادته إيجاب حق على غيره فلا يعمل فيه بظاهر الدار ويرجع فى إسلامه إلى قوله لأن النبى صلى الله عليه وسلم رجع إلى قول الأعرابى وإن جهل حريته ففيه وجهان أحدهما وهو ظاهر النص أنها تثبت بقوله لأن الظاهر من الدار حرية أهلها كما أن الظاهر من الدار إسلام أهلها ثم يثبت الإسلام بقوله فكذلك الحرية والثانى وهو الأظهر أنها لا تثبت بقوله والفرق بينها وبين الإسلام أنه يملك الإسلام إذا كان كافرا فقبل إقراره به ولا يملك الحرية إذا كان عبدا فلم يقبل إقراره بها وإن جهل عدالته لم يحكم حتى تثبت عدالته لقوله تعالى «فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء» ولا يعلم أنه مرضى قبل السؤال وروى سليمان عن حريث قال شهد رجل عند عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال له عمر رضى الله عنه إنى لست أعرفك ولا يضرك إنى لا أعرفك فأتنى بمن يعرفك فقال رجل أنا أعرفه يا أمير المؤمنين فقال بأى شىء تعرفه قال بالعدالة قال هو جارك الأدنى تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه قال لا قال فعاملك بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع قال لا قال فصاحبك فى السفر الذى يستدل به على مكارم الأخلاق قال لا قال لست تعرفه ثم قال للرجل ائتنى بمن يعرفك ولأنه لا يؤمن أن يكون فاسقا فلا يحكم بشهادته وإن أراد أن يعرف عدالته كتب اسمه ونسبه وحليته وصنعته وسوقه ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره ويذكر من يشهد له حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته له من والد أو ولد ويذكر من يشهد عليه حتى لا يكون عدوا لا تقبل شهادته عليه ويذكر قدر ما يشهد به لأنه قد يكون ممن يقبل قوله فى قليل ولا يقبل قوله فى كثير ويبعث ما يكتبه مع أصحاب المسائل ويجتهد أن لا يكون أصحاب المسائل معروفين عند المشهود له حتى لا يحتال فى تعديل الشهود ولا عند المشهود عليه حتى لا يحتال فى جرح الشهود ولا عند الشهود حتى لا يحتالوا فى تعديل أنفسهم ولا عند المسئولين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الأعداء فى الجرح ولا الأصدقاء فى التعديل ويجتهد أن لا يعلم أصحاب المسائل بعضهم ببعض فيجمعهم الهوى على التواطؤ على الجرح والتعديل قال الشافعى رحمه الله ولا يثبت الجرح والتعديل إلا باثنين ووجهه أنه شهادة فاعتبر فيها العدد واختلف أصحابنا هل يحكم القاضى فى الجرح والتعديل بأصحاب المسائل أو بمن عدل أو جرح من الجيران فقال أبو إسحاق يحكم بشهادة الجيران لأنهم يشهدون بالجرح والتعديل فعلى هذا يجوز أن يقتصر على قول الواحد من أصحاب المسائل ويجوز بلفظ الخبر ويسمى للحاكم من عدل أو جرح ثم يسمع الشهادة بالتعديل والجرح من الجيران على شرط الشهادة فى العدد ولفظ الشهادة وحمل قول الشافعى رحمه الله فى العدد على الجيران وقال أبو سعيد الاصطخرى يحكم بشهادة أصحاب المسائل وهو ظاهر النص لأن الجيران لا يلزمهم الحضور للشهادة بما عندهم فحكم بشهادة أصحاب المسائل فعلى هذا لا يجوز أن يكون أصحاب المسائل أقل من اثنين ويجوز أن يكون من يخبرهم من الجيران واحدا إذا وقع فى نفوسهم صدقه ويجب أن يشهد أصحاب المسائل عند الحاكم على شرط الشهادة فى العدد ولفظ الشهادة وحمل قول الشافعى رحمه الله تعالى فى العدد على أصحاب المسائل وإن بعث اثنين فعادا بالجرح

(قوله على جرح عدل أو تزكية غير عدل) الجرح العيب والفساد وجرح الشاهد إظهار معايبه . والعدل أصله من الاستقامة وترك الميل . والعدل أيضا الميل والجور ، يقال عدل عن الطريق إذا مال عنها وهو من الأضداد . والتزكية ههنا التطهير من قوله تعالى «خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها» فكان المزكى يشهد لهم بالطهارة والبراءة من العيوب (قوله وافرى العقول) أى تامى العقول كاملين بالوفور والتمام والكمال (قوله ولا يسترسلوا) استرسل إليه أى انبسط واستأنس به ، وأراد ترك التحفظ وأخذ الأمر بالحزم والتيقظ (قوله جارك الأدنى) أى الأقرب والدنو القرب ضد البعد (قوله يستدل بهما على الورع) الورع التقى والورع التقى ، وقد ورع يرع بالكسر فيهما ورعا ورعة ، وتورع من كذا أى تحرج (قوله فيجمعهم الهوى على التواطؤ) أى تحكمهم الشهوة على التوافق ، واطأه على الأمر أى وافقه

حكم بالجرح وإن عادا بالتعديل حكم بالتعديل وإن عاد أحدهما بالتعديل وعاد الآخر بالجرح لم يحكم بقول واحد منهما فى جرح ولا تعديل ويبعث ثالثا فإن عاد بالجرح كملت بينة الجرح وإن عاد بالتعديل كملت بينة التعديل وإن شهد اثنان بالجرح واثنان بالتعديل حكم بالجرح لأن شاهدى الجرح يخبران عن أمر باطن وشاهدى العدالة يخبران عن أمر ظاهر فقدم من يخبر بالباطن كما لو شهد اثنان بالإسلام وشهد آخران بالردة وإن شهد اثنان بالجرح وشهد ثلاثة بالعدالة قدمت بينة الجرح لأن بينة الجرح كملت فقدمت على بينة التعديل ولا يقبل الجرح إلا مفسرا وهو أن يذكر السبب الذى به جرح ولأن الناس يختلفون فيما يفسق به الإنسان ولعل من شهد بفسقه، شهد على اعتقاده والحاكم لا يعتقد أن ذلك فسق والجرح والتعديل إلى رأى الحاكم فوجب بيانه لينظر فيه ولا يشهد بالجرح من يشهد من الجيران وأهل الخبرة إلا أن يعلم الجرح بالمشاهدة فى الأفعال كالسرقة وشرب الخمر أو بالسماع فى الأقوال كالشتم والقذف والكذب، وإظهار ما يعتقده من البدع أو استفاض عنه ذلك بالخبر لأنه شهادة على علم فأما إذا قال بلغنى أو قيل لى إنه يفعل أو يقول أو يعتقد لم يجز أن يشهد به لقوله تعالى «إلا من شهد بالحق وهم يعلمون» قال الشافعى رحمه الله، ولا تقبل الشهادة بالتعديل حتى يقول هو عدل على ولى فمن أصحابنا من قال يكفى أن يقول هو عدل وهو قول أبى سعيد الاصطخرى لأن قوله عدل يقتضى أنه عدل عليه وله وما ذكره الشافعى رحمه الله تعالى ذكره على سبيل الاستحباب ومنهم من قال لا يقبل حتى يقول عدل لى وعلى وهو قول أبى إسحاق لأن قوله عدل لا يقتضى العدالة على الاطلاق لأنه قد يكون عدلا فى شىء دون شىء وإذا قال عدل على ولى دل على العدالة على الاطلاق :

(فصل) ولا يقبل التعديل إلا ممن تقدمت معرفته وطالت خبرته بالشاهد لأن المقصود معرفة العدالة فى الباطن ولا يعلم ذلك ممن لم يتقدم به معرفة، ويقبل الجرح ممن تقدمت معرفته به وممن لم يتقدم معرفته لأنه لا يشهد فى الجرح إلا بما شاهده أو سمع أو استفاض عنه وبذلك يعلم فسقه :

(فصل) وإن شهد مجهول العدالة فقال المشهود عليه هو عدل ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز للحاكم أن يحكم بشهادته لأن البحث عن العدالة لحق المشهود عليه وهو قد شهد له بالعدالة والثانى أنه لا يحكم لأن حكمه بشهادته حكم بتعديله وذلك لا يجوز بقول الواحد ولأن اعتبار العدالة فى الشاهد حق لله تعالى ولهذا لو رضى المشهود عليه بشهادة الفاسق لم يجز للحاكم أن يحكم بشهادته :

(فصل) وإن ثبتت عدالة الشاهد ومضى على ذلك زمان ثم شهد عند الحاكم بحق نظرت فان كان بعد زمان قريب حكم بشهادته ولم يسأل عن عدالته، وإن كان بعد زمان طويل ففيه وجهان أحدهما أنه يحكم بشهادته لأن الأصل بقاء العدالة والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه لا يحكم بشهادته حتى يعيد السؤال عن عدالته لأنه مع طول الزمان يتغير الحال :

(فصل) وإن شهد عنده شهود وارتاب بهم فالمستحب أن يسألهم عن تحمل الشهادة ويفرقهم ويسأل كل واحد منهم على الانفراد عن صفة التحمل ومكانه وزمانه لما روى أن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا عند دانيال ففرقهم وسألهم فاختلفوا فدعا عليهم فنزلت عليهم نار من السماء فأحرقتهم وإن فرقهم فاختلفوا سقطت شهادتهم وإن اتفقوا وعظهم لما روى أبو حنيفة رحمه الله قال كنت جالسا عند محارب بن دثار وهو قاضى الكوفة فجاءه رجل فادعى على رجل حقا فأنكره فأحضر المدعى شاهدين فشهدا له، فقال المشهود عليه والذى تقوم به السموات والأرض لقد كذبا على فى الشهادة وكان محارب بن دثار متكئا فاستوى جالسا وقال سمعت ابن عمر يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إن الطير لتخفق بأجنحتها وترمى بما فى حواصلها من هول يوم القيامة وإن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار فان صدقتما فأثبتا وإن كذبتما فغطيا على رءوسكما وانصرفا فغطيا رءوسهما وانصرفا :

(قوله وارتاب بهم) أى شك فيهم : والريب والارتياب الشك وكذا الريبة . ودانيال بالدال المهملة وكسر النون وكان ممن أسره بختنصر وحبسه ثم رأى رؤيا ففسرها له فأكرمه وخلاه (قوله إن الطير لتخفق بأجنحتها وترمى بما فى حواصلها) يقال خفق الطائر إذا طار وأخفق إذا ضرب بجناحه : والحوصلة من الطائر بمنزلة الكرش مما يجتر يجمع فيها الطائر الحب ، وجمعها حواصل : والتشديد فى اللام لغة فيها (قوله يتبوأ مقعده من النار) أى يلزمه ويقيم فيه وقد ذكر

(فصل) والمستحب أن يحضر مجلسه الفقهاء ليشاورهم فيما يشكل لقوله تعالى وشاورهم فى الأمر قال الحسن إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاورتهم لغنيا ولكن أراد الله تعالى أن يستسن بذلك الحكام ولأن النبى صلى الله عليه وسلم شاور فى أسارى بدر فأشار أبو بكر بالفداء وأشار عمر رضى الله عنه بالقتل وروى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن أبا بكر رضى الله عنه كان إذا نزل به أمر يريد فيه مشاورة أهل الرأى والفقه دعا رجالا من المهاجرين ورجالا من الأنصار ودعا عمر وعثمان وعليا وعبد الرحمن بن عوف ومعاذ بن جبل وأبى بن كعب وزيد بن ثابت رضى الله عنهم فمضى أبو بكر على ذلك ثم ولى عمر رضى الله عنه وكان يدعو هؤلاء النفر فإن اتفق أمر مشكل شاورهم فيه فإن اتضح له الحق حكم به وإن لم يتضح أخره إلى أن يتضح ولا يقلد غيره لأنه مجتهد فلا يقلد وقال أبو العباس إن ضاق الوقت وخاف الفوت بأن يكون الحكم بين مسافرين وهم على الخروج قلد غيره وحكم كما قال فى القبلة إذا خاف فوت الصلاة وقد بينا ذلك فى كتاب الصلاة وإن اجتهد فأداه اجتهاده إلى حكم فحكم به ثم بان له أنه أخطأ فإن كان ذلك بدليل مقطوع به كالنص والإجماع والقياس الجلى نقض الحكم لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ردوا الجهالات إلى السنة وكتب إلى أبى موسى لا يمنعك قضاء قضيت به ثم راجعت فيه نفسك فهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم لا يبطله شىء وإن الرجوع إلى الحق أولى من التمادى فى الباطل ولأنه مفرط فى حكمه غير معذور فيه فوجب نقضه :

(فصل) وإن ولى قضاء بلد وكان القاضى قبله لا يصلح للقضاء نقض أحكامه كلها أصاب فيها أو أخطأ لأنه حكم ممن لا يجوز له القضاء فوجب نقضه كالحكم من بعض الرعية وإن كان يصلح للقضاء لم يجب عليه أن يتتبع أحكامه لأن الظاهر أنها صحيحة فإن أراد أن يتتبعها من غير متظلم فهل يجوز له ذلك أم لا فيه وجهان أحدهما وهو اختيار الشيخ أبى حامد الاسفراينى أنه يجوز لأن فيه احتياطا والثانى أنه لا يجوز لأنه يشتغل بماض لا يلزمه عن مستقبل يلزمه وإن تظلم منه متظلم فإن سأل إحضاره لم يحضره حتى يسأله عما بينهما لأنه ربما قصد أن يبتذله ليحلف من غير حق وإن قال لى عليه مال من معاملة أو غصب أو إتلاف أو رشوة أخذها منه على حكم أحضره وإن قال حكم على بشهادة عبدين أو فاسقين ففيه وجهان أحدهما أنه يحضره كما يحضره إذا ادعى عليه مالا والثانى أنه لا يحضره حتى يقيم بينة بما يدعيه لأنه لا تتعذر إقامة البينة على الحكم فإن حضر وقال ما حكمت عليه إلا بشهادة حرين عدلين فالقول قوله لأنه أمين وهل يحلف فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يحلف لأنه عدل والظاهر أنه صادق والثانى أنه يحلف لأنه أمين ادعى عليه خيانة فلم يقبل قوله من غير يمين كالمودع إذا ادعى عليه خيانة وأنكرها وإن قال جار على فى الحكم نظرت فإن كان ما حكم به مما لا يسوغ فيه الاجتهاد نقضه كما ينقض على نفسه إذا حكم بما لا يسوغ فيه الاجتهاد وإن كان مما يسوغ فيه الاجتهاد كثمن الكلاب وضمان ما أتلف على الذمى من الخمر لم ينقضه كما لا ينقض على نفسه ما حكم فيه مما يسوغ فيه الاجتهاد لأنا لو نقضنا ما يسوغ فيه الاجتهاد لم يستقر لأحد حق ولا ملك لأنه كلما ولى حاكم نقض ما حكم به من قبله فلا يستقر لأحد حق ولا ملك :

(قوله وشاورهم فى الأمر) أصله من شرت العسل إذا استخرجته من الخلية وهى بيت النحل كأنه يستخرج ما عنده من الرأى وقد ذكر (قوله قلد غيره) التقليد فى الفتيا والحكم والقبلة وغيرها مأخوذ من القلادة التى تكون فى العنق كأن العامى يجعل ما يلحقه من عهدة العمل والإثم الذى يعمل فيه بفتوى العالم وقضاء القاضى فى عنق المفتى والقاضى ويتخلص من مأثمه لأن الأعمال توصف بكونها فى الأعناق قال الله تعالى وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه جاء فى التفسير إنه عمله وإن اجتهد وبذل الجهد فأخطأ فلا وزر عليه وله أجر وأن تعمد الفتوى بغير الحق أو أخطأ ولم يجتهد فى فتواه كان عليه وزره ولا شىء على المستفتى ويدل عليه قوله عليه السلام «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر» (قوله أولى من التمادى فى الباطل) التمادى اللجاج فى الشىء والاقامة عليه يقال تمادى فى غيه إذا أقام عليه ولج فى اتباعه (قوله ربما قصد أن يبتذله) الابتذال الامتهان وترك الصون : وثياب البذلة التى تمتهن ولا تصان (قوله يسوغ فيه الاجتهاد) أى يليق ويسهل من قولهم ساغ الطعام إذا سهل مدخله فى الحلق :

(فصل) وإذا خرج إلى مجلس الحكم فالمستحب له أن يدعو بدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ماروت أم سلمة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا خرج من بيته يقول اللهم إنى أعوذ بك من أن أزل أو أزل أو أضل أو أضل أو أظلم أو أظلم أو أجهل أو يجهل على والمستحب أن يجلس مستقبل القبلة لقوله صلى الله عليه وسلم خير المجالس ما استقبل به القبلة ولأنه قربة فكانت جهة القبلة فيها أولى كالأذان والمستحب أن يقعد وعليه السكينة والوقار من غير جبرية ولا استكبار لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا وهو متكئ على يساره فقال هذه جلسة المغضوب عليهم ويترك بين يديه القمطر مختوما ليترك فيه مايجتمع من المحاضر والسجلات ويجلس الكاتب بقربه ليشاهد مايكتبه فإن غلط فى شىء رده عليه .

(فصل) والمستحب أن يبدأ فى نظره بالمحبسين لأن الحبس عقوبة وعذاب وربما كان فيهم من تجب تخليته فاستحب البداية بهم ويكتب أسماء المحبسين وينادى فى البلدان القاضى يريد النظر فى أمر المحبسين فى يوم كذا فليحضر من له محبوس فإذا حضر الخصوم أخرج خصم كل واحد منهم فإن وجب إطلاقه أطلقه وإن وجب حبسه أعاده إلى الحبس فإن قال المحبوس حبست على دين وأنا معسر فإن ثبت إعساره أطلق وإن لم يثبت إعساره أعيد إلى الحبس فإن ادعى صاحب الدين أن له دارا وأقام على ذلك البينة فقال المحبوس هى لزيد سئل زيد فإن أكذبه بيعت الدار وقضى الدين لأن إقراره يسقط بإكذابه وإن صدقه زيد نظرت فإن أقام زيد بينة أن الدار له حكم له بالدار ولم تبع فى الدين لأن له بينة ويدا بإقرار المحبوس ولصاحب الدين بينة من غير يد فقدمت بينة زيد وإن لم يكن لزيد بينة ففيه وجهان أحدهما أنه يحكم بها لزيد ولا تباع فى الدين لأن بينة صاحب الدين بطلت بإكذاب المحبوس وبقى إقرار المحبوس بالدار لزيد والثانى أنه لا يحكم بها لزيد وتباع فى الدين لأن بينة صاحب الدين شهدت للمحبوس بالملك وله بقضاء الدين من ثمنها فإذا أكذبها المحبوس سقطت البينة فى حقه ولم تسقط فى حق صاحب الدين .

(فصل) ثم ينظر فى أمر الأوصياء والأمناء لأنهم يتصرفون فى حق من لا يملك المطالبة بماله وهم الأطفال فإذا ادعى رجل أنه وصى للميت لم يقبل قوله إلا ببينة لأن الأصل عدم الوصية فإن أقام على ذلك بينة فإن كان عدلا قويا أقر على الوصية وإن كان فاسقا لم يقر على الوصية لأن الوصية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية وإن كان عدلا ضعيفا ضم إليه غيره ليتقوى به وإن أقام بينة أن الحاكم الذى كان قبله أنفذ الوصية إليه أقره ولم يسأل عن عدالته لأن الظاهر أنه لم ينفذ الوصية إليه إلا وهو عدل فإن كان وصيا فى تفرقة ثلثه فإن لم يفرقه فالحكم فى إقراره على الوصية على ماذكرناه وإن كان قد فرقه فإن كان عدلا لم يلزمه شىء وإن كان فاسقا فإن كانت الوصية لمعينين لم يلزمه شىء لأنه دفع الموصى به إلى مستحقه وإن كانت الوصية لغير معينين ففيه وجهان أحدهما أنه لا يغرم لأنه دفع المال إلى مستحقه فأشبه إذا كانت الوصية لمعينين والثانى أنه يغرم مافرقه لأنه فرق مالم يكن له تفرقته فغرمه كما لو فرق ماجعل تفرقته إلى غيره .

(فصل) ثم ينظر فى اللقطة والضوال وأمر الأوقاف العامة وغيرها من المصالح ويقدم الأهم فالأهم لأنه ليس لها مستحق معين فتعين على الحاكم النظر فيها .

(باب مايجب على القاضى فى الخصوم والشهود)

إذا حضر خصوم واحد بعد واحد قدم الأول فالأول لأن الأول سبق إلى حق له فقدم على من بعده كما لو سبق إلى موضع مباح وإن

(قوله وعليه السكينة والوقار) السكينة أصلها من السكون وهو ضد الحركة . والوقار الحلم والرزانة وقد وقر الرجل يقر وقارا وقرة فهو وقور (قوله ويترك بين يديه القمطر) وهو وعاء الكتب وهو الذى يترك فيه المحاضر والسجلات . قال الخليل حرف فى صدرك خير من ألف فى قمطرك . وهو أيضا الرجل القصير . المحاضر والسجلات المحاضر التى يكتب فيها قصة المتحاكمين عند حضورهما مجلس الحكم وما جرى بينهما وما أظهر كل واحد منهما من حجة من غير تنفيذ ولا حكم مقطوع به . والسجلات الكتب التى تجمع المحاضر وتزيد عليها بتنفيذ الحكم وإمضائه . وأصل السجل الصحيفة التى فيها الكتاب أى كتاب كان ذكر فى تفسير قوله تعالى كطى السجل للكتاب وقيل هو كاتب للنبى صلى الله عليه وسلم . وهو مذكر ويقال عندى ثلاثة سجلات وأربعة سجلات ولا يؤنث لأن المراد به الكتاب وهو مذكر . ولا يقال ثلاث سجلات على لفظه

حضروا فى وقت واحد أو سبق بعضهم وأشكل السابق أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة قدم لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه فإن ثبت السبق لأحدهم فقدم السابق غيره على نفسه جاز لأن الحق له فجاز أن يؤثر به غيره كما لو سبق إلى منزل مباح ولا يقدم السابق فى أكثر من حكومة لأنا لو قدمناه فى أكثر من حكومة استوعب المجلس بدعاويه وأضر بالباقين وإن حضر مسافرون ومقيمون فى وقت واحد نظرت فإن كان المسافرون قليلا وهم على الخروج قدموا لأن عليهم ضررا فى المقام ولا ضرر على المقيمين وحكى بعض أصحابنا فيه وجها آخر أنهم لا يقدمون إلا بإذن المقيمين لتساويهم فى الحضور وظاهر النص هو الأول وإن كان المسافرون مثل المقيمين أو أكثر لم يجز تقديمهم من غير رضى المقيمين لأن فى تقديمهم إضرارا بالمقيمين والضرر لا يزال بالضرر وإن تقدم إلى الحاكم اثنان فادعى أحدهما على الآخر حقا فقال المدعى عليه أنا جئت به وأنا المدعى قدم السابق بالدعوى لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل وللسابق بالدعوى حق السبق فقدم ؛

(فصل) وعلى الحاكم أن يسوى بين الخصمين فى الدخول والاقبال عليهما والاستماع منهما لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم فى لحظه ولفظه وإشارته ومقعده وكتب عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى الأشعرى آس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ولأنه إذا قدم أحدهما على الآخر فى شىء من ذلك انكسر الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته والمستحب أن يجلس الخصمان بين يديه لما روى عبد الله بن الزبير قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى ولأن ذلك أمكن لخطابهما وإن كان أحدهما مسلما والآخر ذميا ففيه وجهان أحدهما أنه يسوى بينهما فى المجلس كما يسوى بينهما فى الدخول والاقبال عليهما والاستماع منهما والثانى أنه يرفع المسلم على الذمى فى المجلس لما روى أن عليا رضى الله عنه حاكم يهوديا فى درع إلى شريح فقام شريح من مجلسه وأجلس عليا كرم الله وجهه فيه فقال على عليه السلام لولا أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تسووا بينهم فى المجالس لجلست معه بين يديك ولا يضيف أحدهما دون الآخر لما روى أن رجلا نزل بعلى بن أبى طالب عليه السلام فقال له ألك خصم قال نعم قال تحول عنا فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يضيفن أحد الخصمين إلا ومعه خصمه ولأن فى إضافة أحدهم إظهار الميل وترك العدل ولا يسار أحدهما ولا يلقنه حجة لما ذكرناه ولا يأمر أحدهما بإقرار لأن فيه إضرارا به ولا بإنكار لأن فيه إضرارا بخصمه وإن ادعى أحدهما دعوى غير صحيحة فهل له أن يلقنه كيف يدعى فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه يجوز لأنه لا ضرر على الآخر فى تصحيح دعواه والثانى أنه لا يجوز لأنه ينكسر قلب الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته وله أن يزن عن أحدهما ما عليه لأن فى ذلك نفعا لهما وله أن يشفع لأحدهما لأن الاجابة إلى المشفوع إليه إن شاء شفعه وإن شاء لم يشفعه وإن مال قلبه إلى أحدهما أو أحب أن يفلح أحدهما على خصمه ولم يظهر ذلك منه بقول ولا فعل جاز لأنه لا يمكنه التسوية بينهما فى المحبة والميل بالقلب ولهذا قلنا يلزمه التسوية بين النساء فى القسم ولا يلزمه التسوية بينهن فى المحبة والميل بالقلب ؛

(فصل) ولا ينتهر خصما لأن ذلك يكسره ويمنعه من استيفاء الحجة وإن ظهر من أحدهما لدد أو سوء أدب نهاه

(قوله آس بين الناس) أى أصلح يقال أسوت بينهم أى أصلحت بينهم ويحتمل أن يكون معناه سو بينهم حتى يكون كل واحد منهم أسوة لصاحبه والأسوة القدوة (قوله حتى لا يطمع شريف فى حيفك) أصل الشرف العلو والرفعة مأخوذ من الجبل المشرف وهو العالى . قال الشاعر : يبدو وتضمره البلاد كأنه سيف على شرف يسل ويغمد

أى موضع عال والشريف من القوم الرفيع المنزلة العالى القدر والحسب (قوله فى حيفك) أى فى جورك والحيف الجور : جاف أى جار قال الله تعالى أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله (قوله يميل إليه طبعه (١)) الطبع والطباع ما ركب فى الإنسان من المطعم والمشرب وغيرهما من الأخلاق التى لا يزايلها ، يقال فلان كريم الطباع وهو اسم مؤنث على فعال نحو مثال ومهاد (قوله أو أحب أن يفلح) أى يغلب يقال فلح خصمه أى غلبه (قوله لدد) اللدد شدة الخصومة يقال رجل ألد بين اللدد ، وهو الشديد

---

(١) هذه القولة موجودة بالأصل هنا وليست لها مناسبة ؛

فإن عاد زبره وإن عاد عزره ولا يزجر شاهدا ولا يتعنته لأن ذلك يمنعه من الشهادة على وجهها ويدعوه إلى ترك القيام بتحمل الشهادة وأدائها وفى ذلك تضييع للحقوق .

(فصل) فإن كان بين نفسين حكومة فدعا أحدهما صاحبه إلى مجلس الحكم وجبت عليه إجابته لقوله تعالى «إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا» فإن لم يحضر فاستعدى عليه الحاكم وجب عليه أن يعديه لأنه إذا لم يعده أدى ذلك إلى إبطال الحقوق فان استدعاه الحاكم فامتنع من الحضور تقدم إلى صاحب الشرطة ليحضره وإن كان بينه وبين غائب حكومة ولم يكن عليه بينة فاستعدى الحاكم عليه فإن كان الغائب فى موضع فيه حاكم كتب إليه لينظر بينهما وإن لم يكن حاكم وهناك من يتوسط بينهم كتب إليه لينظر بينهما وإن لم يكن من ينظر بينهما لم يحضره حتى يحقق الدعوى لأنه يجوز أن يكون مايدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وثمن الكلب وقيمة خمر النصرانى فلا يكلفه تحمل المشقة للحضور لما لا يقضى به ويخالف الحاضر فى البلد حيث قلنا إنه يحضر قبل أن يحقق المدعى دعواه لأنه لا مشقة عليه فى الحضور فإن حقق الدعوى على الغائب أحضره لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه كتب إلى المهاجر بن أمية أن ابعث إلى بقيس بن مكشوح فى وثاق فأحلفه خمسين يوما على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قتل دادويه ولأنا لو لم نلزمه الحضور جعل البعد طريقا إلى إبطال الحقوق فإن استعداه على امرأة فإن كانت برزة فهى كالرجل لأنها كالرجل فى الخروج للحاجات وإن كانت غير برزة لم تكلف الحضور بل توكل من يخاطب عنها وإن توجهت عليها يمين بعث إليها من يحلفها لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال يا أنيس اغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فبعث من يسمع إقرارها ولم يكلفها الحضور .

(باب صفة القضاء)

إذا حضر عند القاضى خصمان وادعى أحدهما على الآخر حقا يصح فيه دعواه وسأل القاضى مطالبة الخصم بالخروج من دعواه طالبه وإن لم يسأله مطالبة الخصم ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز للقاضى مطالبته لأن ذلك حق للمدعى فلا يجوز استيفاؤه من غير إذنه والثانى وهو المذهب أنه يجوز له مطالبته لأن شاهد الحال يدل على الاذن فى المطالبة فإن طولب لم يخل إما أن يقر أو ينكر أو لا يقر ولا ينكر فإن أقر لزمه الحق ولا يحكم به إلا بمطالبة المدعى لأن الحكم حق له فلا يستوفيه من غير إذنه فإن طالبه بالحكم حكم له عليه وإن أنكر فإن كان المدعى لا يعلم أن له إقامة البينة قال له القاضى ألك بينة وان كان يعلم فله أن يقول ذلك وله أن يسكت وإن لم تكن له بينة وكانت الدعوى فى غير دم فله أن يحلف المدعى عليه ولا يجوز للقاضى إحلافه إلا بمطالبة المدعى لأنه حق له فلا يستوفيه من غير إذنه وإن أحلفه قبل المطالبة لم يعتد بها لأنها يمين قبل وقتها وللمدعى أن يطالب بإعادتها لأن اليمين الأولى لم تكن يمينه وإن أمسك المدعى عن إحلاف المدعى عليه ثم أراد أن يحلفه بالدعوى المتقدمة جاز لأنه لم يسقط حقه من اليمين وإنما أخرها وإن قال أبرأتك من اليمين سقط حقه منها فى هذه الدعوى وله أن يستأنف الدعوى لأن حقه لم يسقط بالابراء من اليمين فان استأنف الدعوى فأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه لأن هذه الدعوى غير الدعوى التى أبرأه فيها

الخصومة رتوم لد قال الله تعالى «ألد الخصام» وقال «وتنذر به قوما لدا» وقال الأزهرى اللدد التواء الخصم فى محاكمته مأخوذ من لديدى الوادى وهما جانباه (قوله فإن عاد زبره) الزبر الزجر والمنع يقال زبره يزبره بالضم زبرا إذا انتهره كذا ذكره الجوهرى (قوله ولا يتعنته) أى يطلب زلته تقول جاءنى فلان متعنتا إذا جاء يطلب زلتك . وأصل العنت المشقة . واستعدى عليه الحاكم أى استعانه يقال استعديت على فلان الأمير فأعدانى أى استعنت به فأعانى . والاسم منه العدوى وهى المعونة قال زهير :

وإنى لتعدينى على الهم جسرة ... تخب بوصال صروم وتعنق

وصاحب الشرطة يقال أشرط فلان نفسه لأمر كذا أى أعلمها وأعدها ، قال الأصمعى ومنه سمى الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها ، الواحد شرطة وشرطى . وقال أبو عبيد سموا شرطة لأنهم أعدوا (قوله ما قتل دادويه) ذكر القلعى أنه بدالين مهملتين مفتوحتين وتخفيف الياء وتسكينها (قوله فان كانت برزة) أى ظاهرة غير محتجبة وقد ذكر

من اليمين فإن حلف سقطت الدعوى لما روى وائل بن حجر أن رجلا من حضرموت ورجلا من كندة أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي هذا غلبني على أرض ورثتها من أبي وقال الكندي أرضي وفي يدي أزرعها لاحق له فيها فقال النبي صلى الله عليه وسلم شاهداك أو يمينه قال إنه لايتورع عن شيء فقال ليس لك إلا ذلك فان امتنع عن اليمين لم يسأل عن سبب امتناعه فان ابتدأ وقال امتنعت لأنظر في الحساب أمهل ثلاثة أيام لأنها مدة قريبة ولايمهل أكثر منها لأنها مدة كثيرة فان لم يذكر عذرا لامتناعه جعله ناكلا ولايقضي عليه بالحق بنكوله لأن الحق إنما يثبت بالإقرار أو البينة والنكول ليس بإقرار ولا بينة فإن بذل اليمين بعد النكول لم يسمع لأن بنكوله ثبت للمدعي حق وهو اليمين فلم يجز إبطاله عليه فان لم يعلم المدعي أن اليمين صارت إليه قال له القاضي أتحلف وتستحق وإن كان يعلم فله أن يقول ذلك وله أن يسكت وإن قال أحلف ردت اليمين عليه لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على صاحب الحق وروى أن المقداد استقرض من عثمان مالا فتحاكما إلى عمر فقال المقداد هو أربعة آلاف وقال عثمان سبعة آلاف فقال المقداد لعثمان احلف أنه سبعة آلاف فقال عمر إنه أنصفك فلم يحلف عثمان فلما ولى المقداد قال عثمان والله لقد أقرضته سبعة آلاف فقال عمر لم لم تحلف فقال خشيت أن يوافق ذلك به قدر بلاء فيقال بيمينه واختلف قول الشافعي رحمه الله تعالى في نكول المدعى عليه مع يمين المدعي فقال في أحد القولين هما بمنزلة البينة لأنه حجة من جهة المدعي وقال في القول الآخر هما بمنزلة الإقرار وهو الصحيح لأن النكول صادر من جهة المدعى عليه واليمين ترتب عليه وله فصار كإقراره فان نكل المدعي عن اليمين سئل عن سبب نكوله والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث لم يسأل عن سبب نكوله أن بنكول المدعى عليه وجب للمدعي حق في رد اليمين والقضاء له فلم يجز سؤال المدعى عليه وبنكول المدعي لم يجب لغيره حق فيسقط بسؤاله فإن سئل فذكر أنه امتنع من اليمين لأن له بينة يقيمها وحسابا ينظر فيه فهو على حقه من اليمين ولايضيق عليه في المدة ويترك ما تارك والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث قلنا إنه لايترك أكثر من ثلاثة أيام أن يترك المدعى عليه يتأخر حق المدعي في الحكم له وبترك المدعي لايتأخر إلا حقه وإن قال امتنعت لأني لاأختار أن أحلف حكم بنكوله فإن بذل اليمين بعد النكول لم يقبل في هذه الدعوى لأنه أسقط حقه منها فإن عاد في مجلس آخر واستأنف الدعوى وأنكر المدعى عليه وطلب يمينه حلف فان حلف ترك وإن نكل ردت اليمين على المدعي فإذا حلف حكم له لأنها يمين في غير الدعوى التي حكم فيها بنكوله فإن كان له شاهد واختار أن يحلف المدعى عليه جاز وتنتقل اليمين إلى جنبة المدعى عليه فان أراد أن يحلف مع شاهده لم يكن له في هذا المجلس لأن اليمين انتقلت عنه إلى جنبة غيره فلم تعد إليه فإن عاد في مجلس آخر واستأنف الدعوى جاز أن يقيم الشاهد ويحلف معه لأن حكم الدعوى الأولى قد سقط وإن حلف المدعى عليه في الدعوى الأولى سقطت عنه المطالبة وإن نكل عن اليمين لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعي لأن للشاهد معنى تقوى به جنبة المدعي فلم يقض به مع النكول من غير يمين كاللوث في القسامة وهل ترد اليمين على المدعي ليحلف مع الشاهد فيه قولان أحدهما أنه لاترد لأنها كانت في جنبته وقد أسقطت وصارت في جنبة غيره فلم تعد إليه كالمدعى عليه إذا نكل عن اليمين فردت إلى المدعي فنكل فإنها لاترد على المدعى عليه والقول الثاني وهو الصحيح أنها ترد لأن هذه اليمين غير الأولى لأن سبب الأولى قوة جنبة المدعي بالشاهد وسبب الثانية قوة جنبته بنكول المدعى عليه واليمين الأولى لايحكم بها إلا في المال ومايقصد به المال والثانية يقضى بها في جميع الحقوق التي تسمع فيها الدعوى فلم يكن سقوط إحداهما موجبا لسقوط الأخرى فإن قلنا إنها لاترد حبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لأنه تعين عليه ذلك وإن قلنا إنها ترد حلف مع الشاهد واستحق.

(فصل) وإن كانت الدعوى في موضع لايمكن رد اليمين على المدعي بأن ادعى على رجل دينا ومات المدعي ولاوارث له غير

(قوله لايتورع) أي لايتقي. والورع التقوى واجتناب الظلم وقد ذكر (قوله أن يوافق قدر بلاء) القدر مايقدر على الإنسان ويقضى عليه من حكم الله السابق في علمه ، يقال قدر وقدر بالفتح والإسكان ، وأنشد الأخفش :

ألا ياقومي للنوائب والقدر ... وللأمر يأتي المرء من حيث لايدري

والبلاء مايصيب الإنسان من الشدة والتعب في النفس والمال (قوله جنبة المدعي) جنبة بمعنى جانب

المسلمين وأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين ففيه وجهان ذكرهما أبو سعيد الاصطخرى أحدهما أنه يقضى بنكوله لأنه لا يمكن رد اليمين على الحاكم لأنه لا يجوز أن يحلف عن المسلمين لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا يمكن ردها على المسلمين لأنهم لا يتعينون فقضى بالنكول لموضع الضرورة والثانى وهو المذهب أنه يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لأن الرد لا يمكن لما ذكرناه والقضاء بالنكول لا يجوز لما قدمناه لأنه إما أن يكون صادقا فى إنكاره فلا ضرر عليه فى اليمين أو كاذبا فيلزمه الإقرار وإن ادعى وصى دينا لطفل فى حجره على رجل وأنكر الرجل ونكل عن اليمين وقف إلى أن يبلغ الطفل فيحلف لأنه لا يمكن رد اليمين على الوصى لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا على الطفل فى الحال لأنه لا يصح يمينه فوجب التوقف إلى أن يبلغ *

(فصل) وإن كان للمدعى بينة عادلة قدمت على يمين المدعى عليه لأنها حجة لا تهمة فيها لأنها من جهة غيره واليمين حجة يتهم فيها لأنها من جهته ولا يجوز سماع البينة ولا الحكم بها إلا بمسئلة المدعى لأنه حق له فلا يستوفى إلا بإذنه فإن قال المدعى عليه أحلفوه أنه يستحق ما شهدت به البينة لم يحلف لأن فى ذلك طعنا فى البينة العادلة وإن قال أبرأنى منه فحلفوه أنه لم يبرئنى منه أو قضيته فحلفوه إنى لم أقضه حلف لأنه ليس فى ذلك قدح فى البينة وما يدعيه محتمل فحلف عليه وإن كانت البينة غير عادلة قال له القاضى زدنى فى شهودك وإن قال المدعى لى بينة غائبة وطلب يمين المدعى عليه أحلف لأن الغائبة كالمعدومة لتعذر إقامتها فان حلف المدعى عليه ثم حضرت البينة وطلب سماعها والحكم بها وجب سماعها والحكم بها لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة ولأن البينة كالإقرار ثم يجب الحكم بالإقرار بعد اليمين فكذلك بالبينة وإن قال لى بينة حاضرة ولكنى أريد أن أحلفه حلف لأنه قد يكون له غرض فى إحلافه أن يتورع عن اليمين فيقر وإثبات الحق بالإقرار أقوى وأسهل من إثباته بالبينة وإن قال ليس لى بينة حاضرة ولا غائبة أو قال كل بينة تشهد لى فهى كاذبة وطلب إحلافه فحلف ثم أقام البينة على الحق ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنها لا تسمع لأنه كذبها بقوله والثانى أنه إن كان هو الذى استوثق بالبينة لم تسمع لأنه كذبها وإن كان غيره المستوثق بالبينة سمعت لأنه لم يعلم بالبينة فرجع قوله لا بينة لى إلى ما عنده والثالث أنها تسمع بكل حال وهو الصحيح لأنه يجوز أن يكون ما علم وإن علم فلعله نسى فرجع قوله لا بينة لى إلى ما يعتقده *

(فصل) وإن قال المدعى لى بينة بالحق لم يجز له ملازمة الخصم قبل حضورها لقوله صلى الله عليه وسلم شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك وإن شهد له شاهدان عدلان عند الحاكم وهو لا يعلم أن له دفع البينة بالجرح قال له قد شهد عليك فلان وفلان وقد ثبتت عدالتهما عندى وقد أطردتك جرحهما وإن كان يعلم فله أن يقول وله أن يسكت فإن قال المشهود عليه لى بينة بجرحهما نظر فإن لم يأت بها حكم عليه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى كتابه إلى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه واجعل لمن ادعى حقا غائبا أمدا ينتهى إليه فإن أحضر بينته أخذت له حقه وإلا استحللت عليه القضية فإنه أنفى للشك وأجلى للعمى ولا ينظر أكثر من ثلاثة أيام لأنه كثير وفيه إضرار بالمدعى وإن قال لى بينة بالقضاء أو الإبراء أمهل ثلاثة أيام فان لم يأت بها حلف المدعى أنه لم يقبضه

(قوله ونكل عن اليمين) قيل جبن وهاب الاقدام عليها قال * فلم أنكل عن الضرب مسمعا * أى لم أجبن ولم أمتنع. وقيل نكل امتنع ومنه سمى القيد نكلا لأنه يمنع المحبوس (قوله لطفل فى حجره) الحجر بمعنى الحضن وهو ما بين الإبط إلى الكشح وهو الجنب لأنه يحمل هنا لك (قوله طعنا فى البينة) طعن فيه بالقول يطعن إذا انتقصه وجرحه (قوله أحق من اليمين الفاجرة) معناه الكاذبة وقد ذكرنا أن الفجر أصله الشق ومنه سمى الفجر. وقيل إنه الميل عن القصد فقيل للكاذب فاجر لأنه مال عن الصدق. وقيل للمائل عن الخير والعادل عنه فاجر لأنه مال عن الرشد (قوله ملازمة الخصم) هو أن يقعد معه حيث قعد ويذهب معه حيث ذهب ولا يفارقه (قوله أطردتك جرحهما) يحتمل معنيين أحدهما أن يكون من الطرد بالتحريك وهو مزاولة الصيد للصيد كأنه يزاول جرحه ويختله من حيث لا يعلم، والثانى يحتمل أن يكون معناه الاتباع أى جعلت لك أن تتبعه وتنظر زلاته ومعايبه، من مطاردة الفرسان (قوله أمدا ينتهى إليه) الأمد الغاية كالمدى يقال ما أمدك أى منتهى عمرك (قوله وإلا استحللت عليه القضية) يحتمل معنيين أحدهما أن يكون من الحلال ضد الحرام أى جعل لك أن تقضى عليه ولم يحرم عليك، والثانى أن يكون من الحلول ضد التأجيل أى قد وجب القضاء عليه وحان حلوله ولم يجز تأجيله (قوله أنفى للشك وأجلى للعمى) أى أوضح وأبين، من جلالى الخبر أى وضح وبان. والعمى ههنا أراد به عمى القلب والتحير عن الصواب

ولم يبرئه ثم يقضي له لما ذكرناه وله أن يلازمه إلى أن يقيم البينة بالجرح أو القضاء لأن الحق قد ثبت له في الظاهر وإن شهد له شاهدان ولم تثبت عدالتهما في الباطن فسأل المدعي أن يحبس الخصم إلى أن يسأل عن عدالة الشهود ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق وهو ظاهر المذهب أنه يحبس لأن الظاهر العدالة وعدم الفسق والثاني وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه لا يحبس لأن الأصل براءة ذمته وإن شهد له شاهد واحد وسأل أن يحبسه إلى أن يأتي بشاهد آخر ففيه قولان أحدهما أنه يحبس كما يحبس إذا جهل عدالة الشهود والثاني أنه لا يحبس وهو الصحيح لأنه لم يأت بتمام البينة ويخالف إذا جهل عدالتهم لأن البينة تم عددها والظاهر عدالتها وقال أبو إسحاق إن كان الحق مما يقضى فيه بالشاهد واليمين حبس قولا واحدا لأن الشاهد الواحد حجة فيه لأنه يحلف معه :

(فصل) وإذا علم القاضي عدالة الشاهد أو فسقه عمل بعلمه في قبوله ورده، وإن علم حال المحكوم فيه نظرت فإن كان ذلك في حق الآدمي ففيه قولان أحدهما أنه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام للحضرمي شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك ولأنه لو كان علمه كشهادة اثنين لانعقد النكاح به وحده والثاني وهو الصحيح وهو اختيار المزني رحمه الله أنه يجوز أن يحكم بعلمه لما روى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول في حق إذا رآه أو علمه أو سمعه ولأنه إذا جاز أن يحكم بما شهد به الشهود وهو من قولهم على ظن فلأن يجوز أن يحكم بما سمعه أو رآه وهو على علم أولى وإن كان ذلك في حق الله تعالى ففيه طريقان أحدهما وهو قول أبي العباس وأبي علي بن أبي هريرة إنها على قولين كحقوق الآدميين والثاني وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه قولا واحدا لما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال لو رأيت رجلا على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندي ولأنه مندوب إلى ستره ودرئه والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم هلا سترته بثوبك ياهزال فلم يجز الحكم فيه بعلمه .

(فصل) وإن سكت المدعى عليه ولم يقر ولم ينكر قال له الحاكم إن أجبت وإلا جعلتك ناكلا والمستحب أن يقول له ذلك ثلاثا فإن لم يجب جعله ناكلا وحلف المدعي وقضى له لأنه لا يخلو إذا أجاب من يقر أو ينكر فإن أقر فقد قضى عليه بما يجب على المقر وإن أنكر فقد وصل إنكاره بالنكول عن اليمين فقضينا عليه بما يجب على المنكر إذا نكل عن اليمين :

(فصل) وإذا تحاكم إلى الحاكم أعجمي لا يعرف لسانه لم يقبل في الترجمة إلا عدلين لأنه إثبات قول يقف الحكم عليه فلم يقبل إلا من عدلين كالإقرار وإن كان الحق مما يثبت بالشاهد والمرأتين قبل ذلك في الترجمة وإن كان مما لا يقبل فيه إلا ذكرين لم يقبل في الترجمة إلا ذكرين فإن كان إقرارا بالزنا ففيه قولان أحدهما أنه يثبت بشاهدين والثاني أنه لا يثبت إلا بأربعة :

(فصل) وإن حضر رجل عند القاضي وادعى على غائب عن البلد أو على حاضر فهرب أو على حاضر في البلد استتر وتعذر إحضاره فإن لم يكن بينة لم يسمع دعواه لأن استماعها لا يفيد وإن كانت معه بينة سمع دعواه وسمعت بينته لأنا لو لم نسمع جعلت الغيبة والاستتار طريقا إلى إسقاط الحقوق التي نصب الحاكم لحفظها ولا يحكم عليه إلا أن يحلف المدعي أنه لم يبرأ من الحق لأنه يجوز أن يكون قد حدث بعد ثبوته بالبينة إبراء أو قضاء أو حوالة ولهذا لو حضر من عليه الحق وادعى البراءة بشيء من ذلك سمعت دعواه وحلف عليه المدعي فإذا تعذر حضوره وجب على الحاكم أن يحتاط له ويحلف عليه المدعي وإن ادعى على حاضر في البلد يمكن إحضاره ففيه وجهان أحدهما أنه تسمع الدعوى والبينة ويقضى بها بعد ما يحلف المدعي لأنه غائب عن مجلس الحكم فجاز القضاء عليه كالغائب عن البلد والمستتر في البلد والثاني أنه لا يجوز سماع البينة عليه ولا الحكم وهو المذهب لأنه يمكن سؤاله فلم يجز القضاء عليه قبل السؤال كالحاضر في مجلس الحكم وإن ادعى على ميت سمعت البينة وقضى عليه فإن كان له

(قوله هيبة الناس) الهيبة الاجلال والمخافة . وهبت الشيء وتهيبته أي خفته (قوله لم يقبل في الترجمة إلا عدلين) يقال ترجم كلامه إذا فسره بلسان آخر ومنه الترجمان والجمع التراجم مثل زعفران وزعافر . ويقال ترجمان ولك أن تضم التاء بضم الجيم فتقول ترجمان مثل يسروع وسروع قال * كالترجمان لقي الانباطا * القياس الجلي(١) نقيض الخفي . وجلوت الشيء أظهرته بعد خفائه ولهذا سمي الصبح ابن جلاء لأنه يجلو الأشخاص ويظهرها من ظلم الليل .

(١) كثيرا ما يأتي المقرر بكلمات لا مناسبة لها في المهذب ويشرحها ومنها قوله «القياس الجلي» الخ .

وارث كان إحلاف المدعي إليه وإن لم يكن له وارث فعلى الحاكم أن يحلفه ثم يقضي له وإن كان على صبي سمعت البينة وقضى عليه بعدما يحلف المدعي لأنه تعذر الرجوع إلى جوابه فقضى عليه مع يمين المدعي كالغائب والمستتر وإن حكم على الغائب ثم قدم أو على الصبي ثم بلغ كان على حجته في القدح في البينة والمعارضة ببينة يقيمها على القضاء أو الابراء .

(فصل) ويجوز للقاضي أن يكتب إلى القاضي فيما ثبت عنده ليحكم به ويجوز أن يكتب إليه فيما حكم به لينفذه لما روى الضحاك ابن قيس قال كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها ولأن الحاجة تدعو إلى كتاب القاضي إلى القاضي فيما ثبت عنده ليحكم به وفيما حكم به لينفذه فإن كان الكتاب فيما حكم به جاز قبول ذلك في المسافة القريبة والبعيدة لأن ما حكم به يلزم كل أحد إمضاؤه وإن كان فيما ثبت عنده لم يجز قبوله إذا كان بينهما مسافة لا تقصر فيها الصلاة لأن القاضي الكاتب فيما حمل شهود الكتاب كشاهد الأصل والشهود الذين يشهدون بما في الكتاب كشهود الفرع وشاهد الفرع لا يقبل مع قرب شاهد الأصل .

(فصل) ولا يقبل الكتاب إلا أن يشهد به شاهدان وقال أبو ثور يقبل من غير شهادة لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكتب ويعمل بكتبه من غير شهادة وقال أبو سعيد الاصطخري إذا عرف المكتوب إليه خط القاضي الكاتب وختمه جاز قبوله وهذا خطأ لأن الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم فلا يؤمن أن يزور على الخط والختم وإذا أراد إنفاذ الكتاب أحضر شاهدين ويقرأ الكتاب عليهما أو يقرأ غيره وهو يسمع، والمستحب أن ينظر الشاهدان في الكتاب حتى لا يحذف منه شيء وإن لم ينظرا جاز لأنهما يؤديان ما سمعا وإذا وصلا إلى القاضي المكتوب إليه قرآ الكتاب عليه وقالا نشهد أن هذا الكتاب كتاب فلان إليك وسمعناه وأشهدنا أنه كتب إليك بما فيه وإن لم يقرآ الكتاب ولكنهما سلماه إليه وقالا نشهد أنه كتب إليك بهذا لم يجز لأنه ربما زور الكتاب عليهما وإن انكسر ختم الكتاب لم يضر لأن المعول على ما فيه وإن محي بعضه فإن كانا يحفظان ما فيه أو معهما نسخة أخرى شهدا وإن لم يحفظاه ولا معهما نسخة أخرى لم يشهدا لأنهما لا يعلمان ما أمحى منه .

(فصل) وإن مات القاضي الكاتب أو عزل جاز للمكتوب إليه قبول الكتاب والعمل به لأنه إن كان الكتاب بما حكم به وجب على كل من بلغه أن ينفذه في كل حال وإن كان الكتاب بما ثبت عنده فالكاتب كشاهد الأصل وشهود الكتاب كشاهد الفرع وموت شاهد الأصل لا يمنع من قبول شهادة شهود الفرع إن فسق الكاتب ثم وصل كتابه فإن كان ذلك فيما حكم به لم يؤثر فسقه لأن الحكم لا يبطل بالفسق الحادث بعده وإن كان فيما ثبت عنده لم يجز الحكم به لأنه كشاهد الأصل وشاهد الأصل إذا فسق قبل الحكم لم يحكم بشهادة شاهد الفرع وإن مات القاضي المكتوب إليه أو عزل أو ولي غيره قبل الكتاب لأن المعول على ما حفظه شهود الكتاب وتحملوه ومن تحمل شهادة وجب على كل قاض أن يحكم بشهادته .

(فصل) فإن وصل الكتاب إلى المكتوب إليه فحضر الخصم وقال لست فلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل أنه لا مطالبة عليه فإن أقام المدعي بينة أنه فلان بن فلان فقال أنا فلان بن فلان إلا أني غير المحكوم عليه لم يقبل قوله إلا أن يقيم البينة أن له من يشاركه في جميع ما وصف به لأن الأصل عدم من يشاركه فلم يقبل قوله من غير بينة وإن أقام بينة أن له من يشاركه في جميع ما وصف به توقف عن الحكم حتى يعرف من المحكوم عليه منهما وإذا حكم المكتوب إليه على المدعى عليه بالحق فقال المحكوم عليه اكتب إلى الحاكم الكاتب إنك حكمت على حتى لا يدعى على ثانيا ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري رحمه الله أنه يلزمه لأنه لا يأمن أن يدعى ثانيا ويقيم عليه البينة فيقضي عليه ثانيا والثاني أنه لا يلزمه لأن الحاكم إنما يكتب ما حكم به أو ثبت عنده والكاتب هو الذي حكم أو ثبت عنده دون المكتوب إليه .

(فصل) إذا ثبت عند القاضي حق بالاقرار فسأله المقر له أن يشهد على نفسه بما ثبت عنده من الاقرار لزمه ذلك لأنه لا يؤمن

(قوله لا يؤمن أن يحرف(١)) تحريف الكلام عن مواضعه تغييره (قوله ختم الكتاب) أي يجعل عليه شيء من شمع أو ما شاكله ويعلم عليه بعلامة من كتاب أو غيره وأصله عند العرب ختم الدن — وهو وعاء الخمر — بالطين قال الأعشى :

وصهباء يطاوف يهوديها ... وأبرزها وعليها ختم

---

(١) الموجود في المهذب «فلا يؤمن أن يزور» ولكن المقرر غير يزور بيحرف وفسر التحريف .

أن ينكر المقر فلزمه الاشهاد ليكون حجة له إذا أنكر وإن ثبت عنده الحق بيمين المدعى بعد نكول المدعى عليه فسأله المدعى أن يشهد على نفسه لزمه لأنه لاحجة للمدعى غير الإشهاد وإن ثبت عنده الحق بالبينة فسأله المدعى الاشهاد ففيه وجهان أحدهما أنه لايجب لأن له بالحق بينة فلم يلزم القاضى تجديد بينة أخرى والثانى أنه يلزمه لأن فى إشهاده على نفسه تعديلا لبينته وإثباتا لحقه وإلزاما لخصمه فان ادعى عليه حقا فأنكره وحلف عليه وسأله الحالف أن يشهد على براءته لزمه ليكون حجة له فى سقوط الدعوى حتى لايطالبه بالحق مرة أخرى وإن سأله أن يكتب له محضرا فى هذه المسائل كلها وهو أن يكتب ماجرى وما ثبت به الحق فان لم يكن عنده قرطاس من بيت المال ولم يأته المحكوم له بقرطاس لم يلزمه أن يكتب لأن عليه أن يكتب وليس عليه أن يغرم وإن كان عنده قرطاس من بيت المال أو أتاه صاحب الحق بقرطاس فهل يلزمه أن يكتب المحضر فيه وجهان أحدهما أنه يلزمه لأنه وثيقة بالحق فلزمه كالإشهاد على نفسه والثانى أنه لايلزمه لأن الحق يثبت باليمين أو بالبينة دون المحضر وإن سأله أن يسجل له وهو أن يذكر مايكتبه فى المحضر ويشهد على إنفاذه ويسجل له فهل يلزمه ذلك أم لا على ماذكرناه فى كتب المحضر وما يكتب من المحاضر والسجلات يكتب فى نسختين إحداهما تسلم إلى المحكوم له والأخرى تكون فى ديوان الحكم فإن حضر عند القاضى رجلان لايعرفهما وحكم بينهما ثم سأل المحكوم له كتب محضر أو سجل كتب حضر إلى رجلان قال أحدهما إنه فلان بن فلان وقال الآخر إنه فلان بن فلان ويحليهما ويذكر ماجرى بينهما ويشهد على ذلك .

(فصل) وإن اجتمعت عنده محاضر وسجلات كتب على كل محضر اسم المتداعيين وبضم مااجتمع منها فى كل شهر أو فى كل سنة على قدر قلتها وكثرتها وضم بعضها إلى بعض ويكتب عليها محاضر شهر كذا وكذا من سنة كذا ليسهل عليه طلبته إذا احتاج إليه وإن حضر رجلان عند القاضى فادعى أحدهما أن له فى ديوان الحكم حجة على خصمه فوجدها فإن كان حكما حكم به غيره لم يعمل به إلا أن يشهد به شاهدان أن هذا حكم به فلان القاضى ولا يرجع فى ذلك إلى الخط والختم فإنه يحتمل التزوير فى الخط والختم وإن كان حكما حكم هو به فإن كان ذاكرا للحكم به عالما به عمل به وألزم الخصم حكمه وإن كان غير ذاكر لم يعمل به لأنه يجوز أن يكون قد زور على خطه وختمه وإن شهد اثنان عليه أنه حكم به لم يرجع إلى شهادتهما لأنه يشك فى فعله فلا يرجع فيه إلى قول غيره كما لو شك فى فرض من فروض صلاته فإن شهد الشاهدان على حكمه عند حاكم آخر أنفذه ما شهدا به فإن شهد شاهدان أن الأول توقف فى شهادتهما لم يجز للثانى أن ينفذ الحكم الذى شهدا به لأن المشهود فرع للحاكم الأول فإذا توقف الأصل لم يجز الحكم بشهادة الفرع كما لو شهد شاهدان على شهادة شاهد الأصل ثم شهد شاهدان أن شاهد الأصل توقف فى الشهادة .

(فصل) إذا اتضح الحكم للقاضى بين الخصمين فالمستحب أن يأمرهما بالصلح فان لم يفعلا لم يجز ترداده لأن الحكم لازم فلا يجوز تأخيره من غير رضا من له الحكم .

(فصل) إذا قال القاضى حكمت لفلان بكذا قبل قوله لأنه يملك الحكم فقبل الإقرار به كالزوج لما ملك الطلاق قبل إقراره به وإن عزل ثم قال حكمت لفلان بكذا لم يقبل إقراره لأنه لايملك الحكم فلم يملك الإقرار به وهل يكون شاهدا فى ذلك فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه يكون شاهدا لأنه ليس فيه أكثر من أنه يشهد على فعل نفسه وذلك لايوجب رد شهادته كما لو قالت امرأة أرضعت هذا الصبى والثانى وهو المذهب أنه لايكون شاهدا لأن شهادته بالحكم تثبت لنفسه العدالة لأن الحكم لايكون إلا من عدل فتلحقه التهمة فى هذه الشهادة فلم تقبل ويخالف المرضعة لأن شهادتها بالرضاع لاتثبت عدالة لنفسها لأن الرضاع يصح من غير عدل ولأن المغلب فى الرضاع فعل المرتضع ولهذا يصح بدونها والمغلب فى الحكم فعل الحاكم فيكون شهادته على فعله فلم يقبل وبالله التوفيق .

(باب القسمة)

تجوز قسمة الأموال المشتركة لقوله عز وجل «وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا» ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدر بشعب يقال له الصفراء وقسم غنائم خيبر على ثمانية عشر بينهما وقسم غنائم حنين بأوطاس وقيل بالجعرانة ولأن بالشركاء حاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد منهم من التصرف في ماله على الكمال ويتخلص من كثرة الأيدي وسوء المشاركة :

(فصل) ويجوز لهم أن يتقاسموا بأنفسهم ويجوز أن ينصبوا من يقسم بينهم ويجوز أن يرفعوا إلى الحاكم لينصب من أنفسهم بينهم ويجب أن يكون القاسم عالما بالقسمة ليوصل كل واحد منهم إلى حقه كما يجب أن يكون الحاكم عالما ليحكم بينهم بالحق فإن كان القاسم من جهة الحاكم لم يجز أن يكون فاسقا ولا عبدا لأنه نصيبه لإلزام الحكم فلم يجز أن يكون فاسقا ولا عبدا كالحاكم فإن لم يكن فيها تقويم جاز قاسم واحد وإن كان فيها تقويم لم يجز أقل من اثنين لأن التقويم لا يثبت إلا باثنين وإن كان فيها خرص ففيه قولان أحدهما أنه يجوز أن يكون الخارص واحدا والثاني أنه يجب أن يكون الخارص اثنين :

(فصل) إن كان القاسم نصبه الحاكم كانت أجرته من سهم المصالح لما روى أن عليا رضي الله عنه أعطى القاسم من بيت المال ولأنه من المصالح فكانت أجرته من سهم المصالح فإن لم يكن في بيت المال شيء وجبت على الشركاء على قدر أملاكهم لأنه مؤنة تجب لمال مشترك فكانت على قدر الملك كنفقة العبيد والبهائم المشتركة وإن كان القاسم نصبه الشركاء جاز أن يكون فاسقا وعبدا لأنه وكيل لهم وتجب أجرته عليهم على ما شرطوا لأنه أجير لهم :

(فصل) وإن كان في القسمة رد فهو بيع لأن صاحب الرد بذل المال في مقابلة ما حصل له من حق شريكه عوضا وإن لم يكن فيها رد ففيه قولان أحدهما أنها بيع لأن كل جزء من المال مشترك بينهما فإذا أخذ نصف الجميع فقد باع حقه بما حصل له من حق صاحبه والقول الثاني أنها فرز النصيبين وتمييز الحقين لأنها لو كانت بيعا لم يجز تعليقه على ما تخرجه القرعة ولأنها لو كانت بيعا لافتقرت إلى لفظ التمليك ولثبتت فيها الشفعة ولما تقدر بقدر حقه كسائر البيوع فإن قلنا إنها بيع لم يجز فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعسل الذى انعقدت أجزاؤه بالنار وإن قلنا إنها فرز النصيبين جاز وإن قسم الحبوب والأدهان فإن قلنا إنها بيع لم يجز أن يتفرقا من غير قبض ولم يجز قسمتها إلا بالكيل كما لا يجوز في البيع وإن قلنا إنها فرز النصيبين لم يحرم التفرق فيها قبل التقابض ويجوز قسمتها بالكيل والوزن وإن كانت بينهما ثمرة على شجرة فإن قلنا إن القسمة بيع لم تجز قسمتها خرصا كما لا يجوز بيع بعضها ببعض خرصا وإن قلنا إنها تمييز الحقين فإن كانت ثمرة غير الكرم والنخل لم تجز قسمتها لأنها لا يصح فيها الخرص وإن كانت ثمرة النخل والكرم جاز لأنه يجوز خرصها للفقراء في الزكاة فجاز للشركاء :

(فصل) وإن وقف على قوم نصف أرض وأراد أهل الوقف أن يقاسموا صاحب الطلق فإن قلنا إن القسمة بيع لم يصح وإن قلنا إنها تمييز الحقين نظرت فإن لم يكن فيها رد صحت وإن كان فيها رد فان كان من أهل الوقف جاز لأنهم يبتاعون الطلق وإن كان من أصحاب الطلق لم يجز لأنهم يبتاعون الوقف .

(ومن باب القسمة)

(قوله فارزقوهم منه) أى أعطوهم والرزق العطاء ورزق الجند عطاؤهم : وقولوا لهم قولا معروفا قال في التفسير قولا جميلا لاعتذار (قوله وإن كان في القسمة رد) الرد ما يرده أحد الشريكين إلى صاحبه إذا لم يتعادل الجزءان فيرد صاحب الجزء الكثير على صاحب القليل من رده إذا رجعه إليه (قوله فرز النصيبين) الفرز مصدر فرزت الشيء أفرزه فرزا إذا عزلته عن غيره وميزته ، والقطعة منه فرزة بالكسر وكذلك أفرزته بالهمز وكذلك التمييز مثله : لاضرر ولا إضرار وقد ذكر (قوله صاحب الطلق) بكسر الطاء هو ضد الوقف سمي طلقا لأن مالكه مطلق التصرف فيه والوقف غير مطلق التصرف بل هو ممنوع من بيعه وهبته : والمطلق أيضا الحلال

(فصل) وإن طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر نظرت فإن لم يكن على واحد منهم ضرر فى القسمة كالحبوب والأدهان والثياب الغليظة وماتساوت أجزاؤه من الأرض والدور أجبر الممتنع لأن الطالب يريد أن ينتفع بماله على الكمال وأن يتخلص من سوء المشاركة من غير إضرار بأحد فوجبت إجابته إلى ماطلب وإن كان عليهما ضرر كالجواهر والثياب المرتفعة التى تنقص قيمتها بالقطع والرحى الواحدة والبئر والحمام الصغير لم يجبر الممتنع لقوله صلى الله عليه وسلم لاضرر ولا إضرار وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن إضاعة المال ولأنه إتلاف مال وسفه يستحق به الحجر فلم يجبر عليه وإن كان على أحدهما ضرر دون الآخر نظرت فإن كان الضرر على الممتنع أجبر عليها وقال أبو ثور رحمه الله لا يجبر لأنها قسمة فيها ضرر فلم يجبر عليها كما لو دخل الضرر عليهما وهذا خطأ لأنه يطلب حقا له فيه منفعة فوجبت الاجابة إليه وإن كان على المطلوب منه ضرر كما لو كان له دين على رجل لا يملك إلا ما يقضى به دينه وإن كان الضرر على الطالب دون الآخر ففيه وجهان أحدهما أنه يجبر لأنه قسمة لاضرر فيها على أحدهما فأجبر الممتنع كما لو كان الضرر على الممتنع دون الطالب والثانى أنه لا يجبر وهو الصحيح لأنه يطلب مالا يستضر به فلم يجبر الممتنع ويخالف إذا لم يكن على الطالب ضرر لأنه يطلب ماينتفع به وهذا يطلب مايستضر به وذلك سفه فلم يجبر الممتنع :

(فصل) وإن كان بينهما دور أو أراض مختلفة فى بعضها نخل وفى بعضها شجر أو بعضها يسقى بالسيح وبعضها يسقى بالناضح وطلب أحدهما أن يقسم بينهما أعيانا بالقيمة وطلب الآخر قسمة كل عين قسم كل عين لأن كل واحد منهما له حق فى الجميع فجاز له أن يطالب بحقه فى الجميع وإن كان بينهما عضائد متلاصقة وأراد أحدهما أن يقسم أعيانا وطلب الآخر أن يقسم كل واحد منها على الانفراد ففيه وجهان أحدهما أنها تقسم أعيانا كالدار الواحدة إذا كان فيها بيوت والثانى أنه يقسم كل واحدة منها لأن كل واحدة على الانفراد فقسم كل واحد منها كالدور المتفرقة .

(فصل) فإن كان بينهما دار وطلب أحدهما أن تقسم فيجعل العلو لأحدهما والسفل للآخر وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع لأن العلو تابع للعرصة فى القسمة ولهذا لو كان بينهما عرصة وطلب أحدهما القسمة وجبت القسمة ولو كان بينهما غرفة فطلب أحدهما القسمة لم يجب ولا يجوز أن يجعل التابع فى القسمة متبوعا :

(فصل) وإن كان بين ملكيهما عرصة حائط فأرادا أن تقسم طولا فيجعل لكل واحد منهما نصف الطول فى كمال العرض واتفقا عليه جاز وإن طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر أجبر عليها لأنه لاضرر فيها وإن أرادا قسمتها عرضا فى كمال الطول واتفقا عليه جاز وإن طلب أحدهما وامتنع الآخر ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجبر لأنه لا تدخله القرعة لأنه إذا أقرع بينهما ربما صار بهما مال كل واحد منهما إلى ناحية ملك الآخر ولا ينتفع به وكل قسمة لا تدخلها القرعة لا يجبر عليها كالقسمة التى فيها رد والثانى وهو الصحيح أنه يجبر عليها لأنه ملك مشترك يمكن كل واحد من الشريكين أن ينتفع بحصته إذا قسم فأجبر على القسمة كما لو أرادا أن يقسماها طولا فإن كان بينهما حائط فأراد قسمته نظرت فإن أراد قسمته طولا فى كمال العرض واتفقا عليه جاز وإن أراد ذلك واحد وامتنع الآخر ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجبر لأنه لابد من قطع الحائط وفى ذلك إتلاف والثانى أنه يجبر

(قوله أراض) قال أهل النحو لا يجوز جمع أرض على أراض والصواب أرضون بفتح الراء لأن أفاعل جمع أفعل كأحمر وأحامر وأفكل وأفاكل ولا يجمع فعل على أفاعل بل يجمع على أرضين وأراض فى القليل وأروض أيضا وقال الجوهرى أراض جمع وآراض جمع الجمع (قوله يسقى بالسيح) هو الماء الجارى على وجه الأرض وقد ذكر فى الزكاة . والناضح البعير الذى يستقى عليه والأنثى ناضحة وسانية . والناضح الذى ينضح على البعير أى يسوق السانية ويسقى بخلاف غيره (قوله وإن كان بينهما عضائد) أراد دكاكين متلاصقة متوالية البناء ، قال الجوهرى أعضاء كل شىء مايسند حوله من البناء وغيره كأعضاد الحوض وهى حجارة تنصب حول شفيره ولعلها سميت عضائد من هذا البناء ويقال عضد من نخل إذا كانت منعطفة متساوية . والعرصة هى ساحة فارغة لا بناء فيها بين الدور والجمع العراص والعرصات : والحائط معروف وهو الجدار سمى حائطا لأنه يحيط بما دونه :

وهو الصحيح لأنه تمكن قسمته على وجه ينتفعان به فأجبرا عليها كالعرصة فإن أرادا قسمته عرضا فى كمال الطول واتفقا عليها جاز وإن طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر لأن ذلك إتلاف وإفساد .

(فصل) وإن كان بينهما أرض مختلفة الأجزاء بعضها عامر وبعضها خراب أو بعضها قوى وبعضها ضعيف أو بعضها شجر أو بناء وبعضها بياض أو بعضها يسقى بالسيح وبعضها بالناضح نظرت فإن أمكن التسوية بين الشريكين فى جيده ورديئه بأن يكون الجيد فى مقدمها والردىء فى مؤخرها فإذا قسمت بينهما نصفين صار إلى كل واحد منهما من الجيد والردىء مثل ما صار إلى الآخر من الجيد والردىء فطلب أحدهما هذه القسمة أجبر الآخر عليها لأنها كالأرض المتساوية الأجزاء فى إمكان التسوية بينهما فيها وإن لم تمكن التسوية بينهما فى الجيد والردىء بأن كانت العمارة أو الشجر أو الـ فى أحد النصفين دون الآخر نظرت فإذا أمكن أن يقسم قسمة تعديل بالقيمة بأن تكون الأرض ثلاثين جريبا وتكون عشرة أجربة من جيدها بقيمة عشرين جريبا من رديئها فدعا إلى ذلك أحد الشريكين وامتنع الآخر ففيه قولان أحدهما أنه لا يجبر الممتنع لتعذر التساوى فى الزرع وتوقف القسمة إلى أن يتراضيا والقول الثانى أنه يجبر لوجود التساوى بالتعديل فعلى هذا فى أجرة القسام وجهان أحدهما أنه يجب على كل واحد منهما نصف الأجرة لأنهما يتساويان فى أصل الملك والثانى أنه يجب على صاحب العشرة ثلث الأجرة وعلى صاحب العشرين ثلثاها لتفاضلهما فى المأخوذ بالقسمة وإن أمكن قسمته بالتعديل وقسمة الرد فدعا أحدهما إلى قسمة التعديل ودعا الآخر إلى قسمة الرد فإن قلنا إن قسمة التعديل يجبر عليها فالقول قول من دعا إليها لأن ذلك مستحق وإن قلنا لا يجبر وقف إلى أن يتراضيا على إحداهما .

(فصل) وإن كانت بينهما أرض مزروعة وطلب أحدهما قسمة الأرض دون الزرع وجبت القسمة لأن الزرع لا يمنع القسمة فى الأرض فلم يمنع وجوبها كالقماش فى الدار وإن طلب أحدهما قسمة الأرض والزرع لم يجبر لأن الزرع لا يمكن تعديله فإن تراضيا على ذلك فإن كان بذرا لم يجز قسمته لأنه مجهول وإن كان قد ظهر فإن كان مما لا ربا فيه كالقصيل والقطن جاز لأنه معلوم مشاهد وإن كان قد انعقد فيه الحب لم يجز لأنا إن قلنا إن القسمة بيع لم يجز لأنه بيع أرض وطعام بأرض وطعام ولأنه قسمة مجهول ومعلوم وإن قلنا إن القسمة فرز النصيبين لم يجز لأنه قسمة مجهول ومعلوم .

(فصل) وإن كان بينهما عبيد أو ماشية أو أخشاب أو ثياب فطلب أحدهما قسمتها أعيانا وامتنع الآخر فإن كانت متفاضلة لم يجبر الممتنع وإن كانت متماثلة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس وأبى إسحاق وأبى سعيد الاصطخرى أنه يجبر الممتنع وهو ظاهر المذهب لأنها متماثلة والثانى وهو قول أبى على بن خيران وأبى على بن أبى هريرة أنه لا يجبر الممتنع لأنها أعيان مختلفة فلم يجبر على قسمتها أعيانا كالدور المتفرقة .

(فصل) وإن كان بينهما منافع فأرادا قسمتها مهايأة وهو أن تكون العين فى يد أحدهما مدة ثم فى يد الآخر مثل تلك المدة جاز لأن المنافع كالأعيان فجاز قسمتها كالأعيان وإن طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع ومن أصحابنا من حكى فيه وجها آخر أنه يجبر كما يجبر على قسمة الأعيان والصحيح أنه لا يجبر لأن حق كل واحد منهما تعجل فلا يجبر على تأخيره بالمهايأة ويخالف الأعيان فإنه لا يتأخر بالقسمة حق كل واحد فإذا عقدا على مدة اختص كل واحد منهما بمنفعة تلك المدة وإن كان يحتاج إلى النفقة كالعبد والبهيمة كانت نفقته على من يستوفى منفعته وإن كسب العبد كسبا معتادا فى مدة أحدهما كان لمن هو فى مدته وهل تدخل فيها الأكساب النادرة كاللقطة والركاز والهبة والوصية فيه قولان أحدهما أنها تدخل فيها لأنها كسب فأشبه المعتاد والثانى أنها لا تدخل فيها لأن المهايأة بيع لأنه يبيع حقه من الكسب فى أحد اليومين بحقه فى اليوم الآخر والبيع لا يدخل فيه إلا ما يقدر على تسليمه فى العادة والنادر لا يقدر على تسليمه فى العادة فلم يدخل فيه فعلى هذا يكون بينهما .

(فصل) وينبغى للقاسم أن يحصى عدد أهل السهام ويعدل السهام بالأجزاء أو بالقيمة أو بالرد فإن تساوى عددهم وسهامهم

(قوله فأرادا قسمتها مهايأة) المهايأة أصلها الإصلاح وهيأت الشىء أصلحته وهى مفاعلة من ذلك فإذا تصالحا على هذه القسمة قيل تهايآ مهايأة . والأكساب النادرة التى تشذ ويعدم وجودها فى كل حين .

كثلاثة بينهم أرض أثلاثا فله أن يكتب الأسماء ويخرج على السهام وله أن يكتب السهام ويخرج على الأسماء فإن كتب الأسماء كتبها فى ثلاث رقاع فى كل رقعة اسم واحد من الشركاء ثم يأمر من لم يحضر كتب الرقاع والبندقة أن يخرج رقعة على السهم الأول فمن خرج اسمه أخذه ثم يخرج على السهم الثانى فمن خرج اسمه أخذه وتعين السهم الثالث للشريك الثالث فإن كتب السهام كتب فى ثلاث رقاع فى رقعة السهم الأول وفى رقعة السهم الثانى وفى رقعة السهم الثالث ثم يأمر بإخراج رقعة على اسم أحد الشركاء أى سهم خرج أخذه ثم يأمر بإخراج رقعة على اسم آخر فأى سهم خرج أخذه الثانى ثم يتعين السهم الباقى للشريك الثالث وإن اختلفت سهامهم فإن كان لواحد السدس وللآخر الثلث وللثالث النصف قسمها على أقل السهام وهو السدس فيجعلها أسداسا ويكتب الأسماء ويخرج على السهام فيأمر أن يخرج على السهم الأول فإن خرج اسم صاحب السدس أخذه ثم يخرج على السهم الثانى إن خرج اسم صاحب الثلث أخذ الثانى والذى يليه لأن له سهمين وتعين الباقى لصاحب النصف وإن خرجت الرقعة الأولى على اسم صاحب النصف أخذ السهم الأول واللذين يليانه وهو الثانى والثالث ثم يخرج على السهم الرابع فإن خرج اسم صاحب الثلث أخذه والسهم الذى يليه وهو الخامس وتعين السهم السادس لصاحب السدس وإنما قلنا إنه يأخذ مع الذى يليه لينتفع بما يأخذه ولا يستضر به ولا يخرج فى هذا القسم السهام على الأسماء لأنا لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف فيقول آخذه وسهمين قبله ويقول الآخران بل نأخذه وسهمين بعده فيؤدى إلى الخلاف والخصومة.

(فصل) وإذا ترافع الشريكان إلى الحاكم وسألاه أن ينصب من يقسم بينهما فقسم قسمة إجبار لم يعتبر تراضى الشركاء لأنه لما لم يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة لم يعتبر بعد خروج القرعة فإن نصب الشريكان قاسما فقسم بينهما فالمنصوص أنه يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة وبعد خروج القرعة وقال فى رجلين حكما رجلا ليحكم بينهما ففيه قولان أحدهما أنه يلزم الحكم ولا يعتبر رضاهما والثانى أنه لا يلزم الحكم إلا برضاهما والقاسم ههنا بمنزلة هذا الحاكم لأنه نصبه الشريكان فيكون على قولين أحدهما وهو المنصوص أنه يعتبر الرضى بعد خروج القرعة لأنه لما اعتبر الرضى فى الابتداء اعتبر بعد خروج القرعة والثانى أنه لا يعتبر لأن القاسم مجتهد فى تعديل السهام والاقراع فلم يعتبر الرضى بعد حكمه كالحاكم وإن كان فى القسمة رد وخرجت القرعة لم تلزم إلا بالتراضى وقال أبو سعيد الاصطخرى تلزم من غير تراض كقسمة الإجبار وهذا خطأ لأن فى قسمة الاجبار لا يعتبر الرضى فى الابتداء وههنا يعتبر فاعتبر بعد القرعة.

(فصل) إذا اقتسما أرضا ثم ادعى أحدهما غلطا فإن كان فى قسمة إجبار لم يقبل قوله من غير بينة لأن القاسم كالحاكم فلم تقبل دعوى الغلط عليه من غير بينة كالحاكم فإن أقام البينة على الغلط نقضت القسمة وإن كان فى قسمة اختيار نظرت فإن تقاسما بأنفسهما من غير قاسم لم يقبل قوله لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا وإن أقام بينة لم تقبل لجواز أن يكون قد رضى دون حقه ناقصا وإن قسم بينهما قاسم نصباه فإن قلنا إنه يفتقر إلى التراضى بعد خروج القرعة لم تقبل دعواه لأنه رضى بأخذ الحق ناقصا وإن قلنا إنه لا يفتقر إلى التراضى بعد خروج القرعة فهو كقسمة الاجبار فلا يقبل قوله إلا ببينة فإن كان فى القسمة رد لم يقبل قوله على المذهب وعلى قول أبى سعيد الاصطخرى هو كقسمة الاجبار فلم يقبل قوله إلا ببينة.

(فصل) وإن تنازع الشريكان بعد القسمة فى بيت فى دار اقتسماها فادعى كل واحد منهما أنه فى سهمه ولم يكن له بينة تحالفا ونقضت القسمة كما قلنا فى المتبايعين وإن وجد أحدهما بما صار إليه عيبا فله الفسخ كما قلنا فى البيع.

(فصل) إذا اقتسما أرضا ثم استحق مما صار لأحدهما شىء بعينه نظرت فإن استحق مثله من نصيب الآخر أمضيت القسمة وإن لم يستحق من حصة الآخر مثله بطلت القسمة لأن لمن استحق ذلك من حصته أن يرجع فى سهم شريكه وإذا استحق ذلك عادت الاشاعة وإذا استحق جزء مشاع بطلت القسمة فى المستحق وهل تبطل فى الباقى فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه يبنى على تفريق الصفقة فإن قلنا إن الصفقة لا تفرق بطلت القسمة فى الجميع وإن قلنا إنها تفرق صحت فى الباقى والثانى

(قوله جزء مشاع) من أشعت الخبر أى أذعته فهو شائع فى الناس لا يعلمه واحد دون واحد كذلك الشىء المشاع بين الشركاء لا يختص به واحد دون واحد.

وهو قول أبي إسحاق أن القسمة تبطل في الباقي قولا واحدا لأن القصد من القسمة تمييز الحقين ولم يحصل ذلك لأن المستحق صار شريكا لكل واحد منهما فبطلت القسمة :

(فصل) إذا قسم الوارثان التركة ثم ظهر دين على الميت فإنه يبني على بيع التركة قبل قضاء الدين وفيه وجهان ذكرناهما في التفليس فإن قلنا إن القسمة تمييز الحقين لم تنقض القسمة وإن قلنا إنها بيع ففي نقضها وجهان والله أعلم :

(باب الدعوى والبينات)

لا تصح دعوى مجهول في غير الوصية لأن القصد بالحكم فصل الحكومة والتزام الحق ولا يمكن ذلك في المجهول فإن كان المدعى دينا ذكر الجنس والنوع والصفة وإن كان عينا باقيا ذكر صفتها وإن ذكر قيمتها كان أحوط وإن كانت العين تالفة فإن كان لها مثل ذكر صفتها وإن ذكر القيمة كان أحوط وإن لم يكن لها مثل ذكر قيمتها وإن كان المدعى سيفا محلى أو لجاما محلى فإن كان بفضة قومه بالذهب وإن كان بالذهب قومه بالفضة وإن كان محلى بالذهب والفضة قومه بما شاء منهما وإن كان المدعى مالا عن وصية جاز أن يدعى مجهولا لأن بالوصية يملك المجهول ولا يلزم في دعوى المال ذكر السبب الذي ملك به لأن أسبابه كثيرة فيشق معرفة سبب كل درهم فيه وإن كان المدعى قتلا لزمه ذكر صفته وأنه عمد أو خطأ وأنه انفرد به أو شاركه فيه غيره ويذكر صفة العمد لأن القتل لا يمكن تلافيه فإذا لم يبين لم تؤمن أن يقتص فيما لا يجب فيه القصاص وإن كان المدعى نكاحا فقد قال الشافعي رحمه الله لا يسمع حتى يقول نكحتها بولي وشاهدين ورضاها فمن أصحابنا من قال لا يشترط لأنه دعوى ملك فلا يشترط فيه ذكر السبب كدعوى المال وما قال الشافعي رحمه الله ذكره على سبيل الاستحباب كما قال في امتحان الشهود إذا ارتاب بهم ومنهم من قال إن ذلك شرط لأنه مبني على الاحتياط وتتعلق العقوبة بجنسه فشرط في دعواه ذكر الصفة كدعوى القتل ومنهم من قال إن كان يدعى ابتداء النكاح لزمه ذكره لأنه شرط في الابتداء وإن كان يدعى استدامة النكاح لم يشترط لأنه ليس بشرط في الاستدامة وإن ادعت امرأة على رجل نكاحا فإن كان مع النكاح حق تدعيه من مهر أو نفقة سمعت دعواها وإن لم تدع حقا سواه ففيه وجهان أحدهما أنه لا تسمع دعواها لأن النكاح حق للزوج على المرأة فإذا ادعت المرأة كان ذلك إقرارا والاقرار لا يقبل مع إنكار المقر له كما لو أقرت له بدار والثاني أنه تسمع لأن النكاح يتضمن حقوقا لها فصح دعواها فيه وإن كان المدعى بيعا أو إجارة ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه لا يفتقر إلى ذكر شروطه لأن المقصود به المال فلم يفتقر إلى ذكر شروطه كدعوى المال والثاني أنه يفتقر إلى ذكر شروطه لأنه دعوى عقد فافتقر إلى ذكر شروطه كالنكاح والثالث أنه إن كان في غير الجارية لم تفتقر لأنه لا يقصد به غير المال وإن كان في جارية افتقر لأنه يملك به الوطء فأشبه النكاح وما لزم ذكره في الدعوى ولم يذكره سأله الحاكم عنه ليذكره فتصير الدعوى معلومة فيمكن الحكم بها .

(فصل) وإن ادعى عليه مالا مضافا إلى سببه فإن ادعى عليه ألفا اقترضه أو أتلف عليه فقال ما أقرضني أو ما أتلفت عليه صح الجواب لأنه أجاب عما ادعى عليه وإن لم يتعرض لما ادعى عليه بل قال لا يستحق على شيئا صح الجواب ولا يكلف إنكار ما ادعى عليه من القرض أو الاتلاف لأنه يجوز أن يكون قد أقرضه أو أتلف عليه ثم قضاه أو أبرأه منه فإن أنكره كان كاذبا في إنكاره وإن أقر به لم يقبل قوله أنه قضاه أو أبرأه منه فيستضر به وإن أنكر الاستحقاق كان صادقا ولم يكن عليه ضرر :

(فصل) وإن ادعى على رجل دينا في ذمته فأنكره ولم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه ولأن الأصل

(قوله التركة) ذكرنا أن التركة ما يتركه الميت تراثا فعلة من الترك :

(ومن باب الدعوى والبينات)

المدعي في اللغة كل من ادعى نسبا أو علما أو ادعى ملك شيء نوزع فيه أو لم ينازع ولا يقال في الشرع مدع إلا إذا نازع غيره : وسميت البينة بينة وهي الشهود لأنها تبين عن الحق وتوضحه بعد خفائه من بان الشيء إذا ظهر وأبنته أظهرته وتبين لي ظهر ووضح (قوله امتحان الشهود) وهو اختبارهم ، محنت الشيء وامتحنته أي اختبرته والاسم المحنة وأصله من محنت البئر محنا إذا خرجت ترابها وطينها :

براءة ذمته فجعل القول قوله وإن ادعى عيناً في يده فأنكره ولا بينة فالقول قوله مع يمينه لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في قصة الحضرمي والكندي شاهداك أو يمينه ولأن الظاهر من اليد الملك فقبل قوله وإن تداعيا عيناً في يدهما ولا بينة حلفا وجعل المدعى بينهما نصفين لما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه أن رجلين تداعيا دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ولأن يد كل واحد منهما على نصفها فكان القول فيه قوله كما لو كانت العين في يد أحدهما .

(فصل) وإن تداعيا عيناً ولأحدهما بينة وهي في يدهما أو في يد أحدهما أو في يد غيرهما حكم لمن له البينة لقوله صلى الله عليه وسلم شاهداك أو يمينه فبدأ بالحكم بالشهادة ولأن البينة حجة صريحة في إثبات الملك لا تهمة فيها واليد تحتمل الملك وغيره والذي يقويها هو اليمين وهو متهم فيها فقدمت البينة عليها وإن كان لكل واحد منهما بينة نظرت فإن كانت العين في يد أحدهما قضى لمن له اليد من غير يمين ومن أصحابنا من قال لا يقضى لصاحب اليد من غير يمين لأن بينته تعارضها بينة المدعى فتسقطها ويبقى له اليد واليد لا يقضى بها من غير يمين والمنصوص أنه يقضى له من غير يمين لأن معه بينة معها ترجيح وهو اليد ومع الآخر بينة لا ترجيح معها والحجتان إذا تعارضتا ومع إحداهما ترجيح قضى بالتي معها الترجيح كالخبرين إذا تعارضا ومع أحدهما قياس وإن كانت العين في يد أحدهما فأقام الآخر بينة فقضى له وسلمت العين إليه ثم قام صاحب اليد بينة أنها له نقض الحكم وردت العين إليه لأنا حكمنا للآخر ظناً منا أنه لا بينة له فإذا أتى بالبينة بان لنا أنه كانت له يد وبينة فقدمت على بينة الآخر .

(فصل) وإن كان لكل واحد منهما بينة والعين في يديهما أو في يد غيرهما أو لا يد لأحدهما عليها تعارضت البينتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان وهو الصحيح لأنهما حجتان تعارضتا ولا مزية لاحداهما على الأخرى فسقطتا كالنصين في الحادثة فعلى هذا يكون الحكم فيه كما لو تداعيا ولا بينة لواحد منهما والثاني أنهما يستعملان وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال أحدها أنه يوقف الأمر إلى أن ينكشف أو يصطلحا لأن إحداهما صادقة والأخرى كاذبة ويرجى معرفة الصادقة فوجب التوقف كالمرأة إذا زوجها وليان أحدهما بعد الآخر ونسي السابق منهما والثاني أنه يقسم بينهما لأن البينة حجة كاليد ولو استويا في اليد قسم بينهما فكذلك إذا استويا في البينة والثالث أنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له لأنه لا مزية لاحداها على الأخرى فوجب التقديم بالقرعة كالزوجتين إذا أراد الزوج السفر بإحداهما .

(فصل) وإن كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر أربعة وأكثر فهما متعارضتان وفيهما القولان لأن الاثنين مقدران بالشرع فكان حكمهما وحكم ما زاد سواء وإن كانت إحدى البينتين أعدل من الأخرى فهما متعارضتان وفيهما القولان ولأنهما متساويتان في إثبات الحق وإن كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهداً وامرأتين فهما متعارضتان وفيهما القولان لأنهما يتساويان في إثبات المال وإن كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهداً ويميناً ففيه قولان أحدهما أنهما يتعارضان وفيهما القولان لأنهما تساويا في إثبات المال والقول الثاني أنه يقضى لمن له الشاهدان لأن بينته مجمع عليها وبينة الآخر مختلف فيها .

(فصل) وإن كانت العين في يد غيرهما فشهدت بينة أحدهما بأنه ملكه من سنة وشهدت بينة الآخر أنه ملكه من سنتين ففيه قولان قال في البويطي هما سواء لأن القصد إثبات الملك في الحال وهما متساويتان في إثبات الملك في الحال والقول الثاني أن التي شهدت بالملك المتقدم أولى وهو اختيار المزني وهو الصحيح لأنها انفردت بإثبات الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة الأخرى وأما إذا كان الشيء في يد أحدهما فإن كان في يد من شهد له بالملك المتقدم حكم له وإن كان في يد الآخر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس رحمه الله يبنى على القولين في المسئلة قبلها إن قلنا إنهما يتساويان حكم لصاحب اليد وإن قلنا إن التي شهدت بالملك المتقدم تقدم قدمت ههنا أيضاً لأن الترجيح من جهة البينة أولى من الترجيح باليد ومن أصحابنا من قال يحكم به لمن هو في يده قولاً واحداً لأن اليد المرجردة أولى من الشهادة بالملك المتقدم وأما إذا تداعيا دابة وأقام أحدهما بينة أنها ملكه نتجت في ملكه وأقام الآخر أنها دابته ولم يذكر النتاج فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس الحكم فيه كالحكم في الشهادة بالملك المتقدم وفيها

(قوله الترجيح) مأخوذ من رجحان الميزان ورجحت بفلان إذا كنت أرزن منه : وقوم مراجيح في الحلم : ومعناه أن يكون إحدى الحجتين أقوى بزيادة شيء ليس في الأخرى

قولان لأن الشهادة بالنتاج كشهادته بالملك المتقدم وقال أبو إسحاق يحكم لمن شهدت له البينة بالنتاج قولا واحدا لأن بينة النتاج تنفي أن يكون الملك لغيره والبينة بالملك المتقدم لاتنفي أن يكون الملك قبل ذلك لغير المشهود له :

(فصل) إذا ادعى رجل دارا في يد رجل وأقام بينة أن هذه الدار كانت في يده أو في ملكه أمس فقد نقل المزني والربيع أنه لا يحكم بهذه الشهادة وحكى البويطي أنه يحكم بها فقال أبو العباس فيها قولان أحدهما أنه يحكم بذلك لأنه قد ثبت بالبينة أن الدار كانت له والظاهر بقاء الملك والقول الثاني أنه لا يحكم بها وهو الصحيح لأنه ادعى ملك الدار في الحال وشهدت له البينة بما لم يدعه فلم يحكم بها كما لو ادعى دارا فشهدت له البينة بدار أخرى وقال أبو إسحاق لا يحكم بها قولا واحدا وما ذكره البويطي من تخريجه .

(فصل) وإن ادعى رجل على رجل دارا في يده وأقر بها لغيره نظرت فإن صدقه المقر له حكم له لأنه مصدق فيما في يده وقد صدقه المقر له فحكم له وتنتقل الخصومة إلى المقر له فإن طلب المدعي يمين المقر أنه لا يعلم أنها له ففيه قولان بناء على من أقر بشيء في يده لغيره ثم أقر به لآخر وفيه قولان أحدهما يلزمه أن يغرم للثاني والثاني لا يلزمه فإن قلنا يلزمه أن يغرم حلف لأنه ربما خاف أن يحلف فيقر للثاني فيغرم له وإن قلنا لا يلزمه لم يحلف لأنه إن خاف من اليمين فأقر للثاني لم يلزمه شيء فلا فائدة في تحليفه وإن كذبه المقر له ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس أنه يأخذها الحاكم ويحفظها إلى أن يجد صاحبها لأن الذي في يده لا يدعيها والمقر له أسقط إقراره بالتكذيب وليس للمدعي بينة فلم يبق إلا أن يحفظها الحاكم كالمال الضال والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه يسلم إلى المدعي لأنه ليس ههنا من يدعيه غيره وهذا خطأ لأنه حكم بمجرد الدعوى وإن أقر بها لغائب ولا بينة وقف الأمر إلى أن يقدم الغائب لأن الذي في يده لا يدعيها ولا بينة تقضي بها فوجب التوقف فإن طلب المدعي يمين المدعى عليه أنه لا يعلم أنها له فعلى ما ذكرناه من القولين وإن كان للمدعي بينة قضي له وهل يحتاج إلى أن يحلف مع البينة فيه وجهان أحدهما أنه يحتاج أن يحلف مع البينة لأنا حكمنا بإقرار المدعى عليه أنها ملك للغائب ولا يجوز القضاء بالبينة على الغائب من غير يمين والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه لا يحتاج أن يحلف لأنه قضاء على الحاضر وهو المدعى عليه وإن كان مع المدعى عليه بينة أنها للغائب فالمنصوص أنه يحكم ببينة المدعي وتسلم إليه ولا يحكم ببينة المدعى عليه وإن كان معها يد لأن بينة صاحب اليد إنما يقضى بها إذا أقامها صاحب الملك أو وكيل له والمدعى عليه ليس بمالك ولا هو وكيل للمالك فلم يحكم ببينته وحكى أبو إسحاق رحمه الله عن بعض أصحابنا أنه قال إن كان المقر للغائب يدعي أن الدار في يده وديعة أو عارية لم تسمع بينته وإن كان يدعي أنها في يده بإجارة سمعت بينته وقضي بها لأنه يدعي لنفسه حقا فسمعت بينته فيصح الملك للغائب ويستوفي بها حقه من المنفعة وهذا خطأ لأنه إذا لم تسمع البينة في إثبات الملك وهو الأصل فلأن لا تسمع لاثبات الاجارة وهي فرع على الملك أولى وإن أقر بها لمجهول فقد قال أبو العباس فيه وجهان أحدهما أنه يقال له إقرارك لمجهول لا يصح فإما أن تقر بها لمعروف أو تدعيها لنفسك أو نجعلك ناكلا ويحلف المدعي ويقضى له والثاني أن يقال له إما أن تقر بها لمعروف أو نجعلك ناكلا ولا يقبل دعواه لنفسه لأنه بإقراره لغيره نفى أن يكون الملك له فلم تقبل دعواه بعد :

(فصل) إذا ادعى جارية وشهدت البينة أنها ابنة أمته لم يحكم له بها لأنها قد تكون ابنة أمته ولا تكون له بأن تلدها في ملك غيره ثم يملك الأمة دونها فتكون ابنة أمته ولا تكون له وإن شهدت البينة أنها ابنة أمته ولدتها في ملكه فقد قال الشافعي رحمه الله حكمت بذلك وذكر في الشهادة بالملك المتقدم قولين فنقل أبو العباس جواب تلك المسئلة إلى هذه وجعلها على قولين وقال سائر أصحابنا يحكم بها ههنا قولا واحدا وهناك على قولين والفرق بينهما أن الشهادة هناك بأصل الملك فلم تقبل حتى يثبت في الحال والشهادة ههنا بنماء الملك وأنه حدث في ملكه فلم يفتقر إلى إثبات الملك في الحال وإن ادعى غزلا أو طيرا أو آجرا وأقام البينة أن الغزل من قطنه والطير من بيضه والآجر من طينه قضي له لأن الجميع عين ماله وإنما تغيرت صفته .

(فصل) إذا ادعى رجل أن هذه الدار ملكه من سنتين وأقام على ذلك بينة وادعى آخر أنه ابتاعها منذ سنتين وأقام على ذلك بينة قضي ببينة الابتياع لأن بينة الملك شهدت بالملك على الأصل وبينة الابتياع شهدت بأمر حادث خفي على بينة الملك فقدمت على بينة الملك كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل :

(فصل) وإن كان فى يد رجل دار وادعى رجل أنه ابتاعها من زيد وهو يملكها وأقام على ذلك بينة حكم له لأنه ابتاعها من مالكها وإن شهدت له البينة أنه ابتاعها منه وسلمها إليه حكم له لأنه لا يسلم إلا ما يملكه وإن شهدت أنه ابتاعها منه ولم تذكر الملك ولا التسليم لم يحكم بهذه الشهادة ولم تؤخذ الدار ممن هى فى يده لأنه قد يبيع الانسان ما يملكه وما لا يملكه فلا تزال يد صاحب الدار :

(فصل) وإن كان فى يد رجل دار فادعاها رجل وأقام البينة أنها له أجرها ممن هى فى يده وأقام الذى فى يده الدار بينة أنها له قدمت بينة الخارج الذى لا يد له لأن الدار المستأجرة فى ملك المؤجر وبيده وليس للمستأجر إلا الانتفاع فتصير كما لو كانت فى يده دار وادعى رجل أنها له غصبه عليها الذى هى فى يده وأقام البينة فإنه يحكم بها للمغصوب منه :

(فصل) وإن تداعى رجلان دارا فى يد ثالث فشهد لأحدهم شاهدان أن الذى فى يده الدار غصبه عليها وشهد للآخر شاهدان أنه أقر له بها قضى للمغصوب منه لأنه ثبت بالبينة أنه غاصب وإقرار الغاصب لا يقبل فحكم بها للمغصوب منه :

(فصل) إذا ادعى رجل أنه ابتاع دارا من فلان ونقده الثمن وأقام على ذلك بينة وادعى آخر أنه ابتاعها منه ونقده الثمن وأقام على ذلك بينة وتاريخ أحدهما فى رمضان وتاريخ الآخر فى شوال قضى لمن ابتاعها فى رمضان لأنه ابتاعها وهى فى ملكه والذى ابتاعها فى شوال ابتاعها بعد ما زال ملكه عنها وإن كان تاريخهما واحدا أو كان تاريخهما مطلقا أو تاريخ أحدهما مطلقا وتاريخ الآخر مؤرخا فإن كانت الدار فى يد أحدهما قضى له لأن معه بينة ويدا وإن كانت فى يد البائع تعارضت البينتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان والثانى أنهما يستعملان فإن قلنا إنهما يسقطان رجع إلى البائع فإن أنكرهما حلف لكل واحد منهما يمينا على الانفراد وقضى له وإن أقر لأحدهما سلمت إليه وهل يحلف للآخر فيه قولان وإن أقر لهما جعلت لهما نصفين وهل يحلف كل واحد منهما للآخر على النصف الآخر على القولين وإن قلنا إنهما يستعملان نظرت فإن صدق البائع أحدهما ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس أنها تجعل لمن صدقه البائع لأن الدار فى يده فإذا أقر لأحدهما فقد نقل يده إليه فتصير له يد وبينة وقال أكثر أصحابنا لا يرجح بإقرار البائع وهو الصحيح لأن البينتين اتفقتا على إزالة ملك البائع وإسقاط يده فعلى هذا يقرع بينهما فى أحد الأقوال ويقسم بينهما فى الثانى فيجعل لكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاع به ولا يجئ القول بالوقف لأن العقود لا توقف

(فصل) وإن ادعى رجل أنه ابتاع هذه الدار من زيد وهو يملكها ونقده الثمن وأقام عليه بينة وادعى آخر أنه ابتاعها من عمرو وهو يملكها ونقده الثمن وأقام عليه بينة فإن كانت فى يد أجنبى أو فى يد أحد البائعين وقلنا على المذهب الصحيح أنه لا ترجح البينة بقول البائع تعارضت البينتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان والثانى أنهما يستعملان فإن قلنا إنهما يسقطان رجع إلى من هو فى يده فإن ادعاه لنفسه فالقول قوله ويحلف لكل واحد منهما وإن أقر لأحدهما سلم إليه وهل يحلف للآخر فيه قولان وإن أقر لهما جعل لكل واحد منهما نصفه وهل يحلف للآخر على النصف الآخر على القولين وإن قلنا إنهما يستعملان أقرع بينهما فى أحد الأقوال ويقسم بينهما فى القول الثانى فيجعل لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاعه ولا يجىء الوقف لأن العقود لا توقف :

(فصل) وإن كان فى يد رجل دار فادعى زيد أنه باعها منه بألف وأقام عليه بينة وادعى عمرو أنه باعها منه بألف وأقام عليه بينة فإن كانت البينتان بتاريخ واحد تعارضتا وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان والثانى أنهما يستعملان فإذا قلنا إنهما يسقطان رجع إلى قول من هى فى يده فإن ادعاها لنفسه وأنكر الشراء حلف لكل واحد منهما وحكم له وإن أقر لأحدهما لزمه الثمن لمن أقر له وحلف للآخر قولا واحدا لأنه لو أقر له بعد إقراره للأول لزمه له الألف لأنه يقر له بحق فى ذمته فلزمه أن يحلف قولا واحدا وإن قلنا إنهما يستعملان أقرع بينهما فى أحد الأقوال ويقسم فى القول الثانى ولا يجىء الوقف لأن العقود لا توقف وإن كانتا بتاريخين مختلفين بأن شهدت بينة أحدهما بعقد فى رمضان وبينة أحدهما بعقد فى شوال لزمه الثمنان

(قوله ونقده الثمن) النقد ضد الفقد وهو إحضاره فى المجلس

لأنه يمكن الجمع بينهما بأن يكون قد اشتراه فى رمضان من أحدهما ثم باعه، واشتراه من الآخر فى شوال وإن كانت البينتان مطلقتين ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه الثمنان لأنه يمكن استعمالهما بأن يكون قد اشتراه فى وقتين مختلفين والثانى أنهما يتعارضان فيكون على القولين لأنه يحتمل أن يكونا فى وقتين فيلزمه الثمنان ويحتمل أن يكونا فى وقت واحد، والأصل براءة الذمة :

(فصل) وإن ادعى رجل ملك عبد وأقام عليه بينة وادعى آخر أنه باعه أو وقفه أو أعتقه وأقام عليه بينة قدم البيع والوقف والعتق لأن بينة الملك شهدت بالأصل وبينة البيع والوقف والعتق شهدت بأمر حادث خفى على بينة الملك فقدمت على بينة الملك وإن كان فى يد رجل عبد فادعى رجل أنه ابتاعه وأقام عليه بينة وادعى العبد أن مولاه أعتقه وأقام عليه بينة فإن عرف السابق منهما بالتاريخ قضى بأسبق التصرفين لأن السابق منهما يمنع صحة الثانى فقدم عليه وإن لم يعرف السابق منهما تعارضتا وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان ويرجع إلى من فى يده العبد وإن كان كذبهما حلف لكل واحد منهما يميناً على الانفراد وإن صدق أحدهما قضى لمن صدقه والقول الثانى أنهما يستعملان فيقرع بينهما فى أحد الأقوال فمن خرجت له القرعة قضى له ويقسم فى القول الثانى فيعتق نصفه ويحكم للمبتاع بنصف الثمن ولا يجىء القول بالوقف لأن العقود لا توقف :

(فصل) قال فى الأم إذا قال لعبده إن قتلت فأنت حر فأقام العبد بينة أنه قتل وأقام الورثة بينة أنه مات ففيه قولان أحدهما أنه تتعارض البينتان ويسقطان ويرق العبد لأن بينة القتل تثبت القتل وتنفى الموت وبينة الموت تثبت الموت وتنفى القتل فتسقطان ويبقى العبد على الرق والثانى أنه تقدم بينة القتل ويعتق العبد لأن بينة الورثة تشهد بالموت وبينة العبد تشهد بالقتل لأن المقتول ميت ومعها زيادة صفة وهى القتل فقدمت وإن كان له عبدان سالم وغانم فقال لغانم إن مت فى رمضان فأنت حر وقال لسالم إن مت فى شوال فأنت حر ثم مات فأقام غانم بينة أنه مات فى رمضان وأقام سالم بينة بالموت فى شوال ففيه قولان أحدهما أنه تتعارض البينتان ويسقطان ويرق العبدان لأن الموت فى رمضان ينفى الموت فى شوال والموت فى شوال ينفى الموت فى رمضان فيسقطان وبقى العبدان على الرق والقول الثانى أنه تقدم بينة الموت فى رمضان لأنه يجوز أن يكون قد علمت البينة بالموت فى رمضان وخفى ذلك على البينة الأخرى إلى شوال فقدمت بينة رمضان لما معها من زيادة العلم وإن قال لغانم إن مت من مرضى فأنت حر وقال لسالم إن برئت من مرضى فأنت حر ثم مات فأقام غانم بينة بالموت من مرضه وأقام سالم بينة بأنه برىء من المرض ثم مات تعارضت البينتان وسقطتا ورق العبدان لأن بينة أحدهما أثبتت الموت من مرضه ونفت البرء منه والأخرى أثبتت البرء من مرضه ونفت موته منه فتعذر الجمع بينهما فتعارضتا وسقطتا وبقى العبدان على الرق :

(فصل) وإن اختلف المتبايعان فى قدر الثمن أو اختلف المتكاريان فى قدر الأجرة أو فى مدة الاجارة فإن لم يكن بينة فالحكم فى التحالف والفسخ على ما ذكرناه فى الفسخ فى البيع وإن كان لأحدهما بينة قضى له وإن كان لكل واحد منهما بينة نظرت فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قضى بالأولى منهما لأن العقد الأول يمنع صحة العقد الثانى وإن كانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخاً واحداً أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة فهما متعارضتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان ويصير كما لو لم تكن بينة فيتحالفا على ما ذكرناه فى البيع والثانى أنهما يستعملان فيقرع بينهما فمن خرجت له القرعة قضى له ولا يجىء القول بالوقف لأن العقود لا توقف ولا يجىء القول بالقسمة لأنهما يتنازعان فى عقد والعقد لا يمكن قسمته وخرج أبو العباس قولا آخر أنه إذا كان الاختلاف فى قدر المدة أو فى قدر الأجرة قضى بالبينة التى توجب الزيادة كما لو شهدت بينة أن لفلان عليه ألفا وشهدت بينة أن له عليه ألفين وهذا خطأ لأن الشهادة بالألف لا تنفى الزيادة عليه فلم يكن بينها وبين بينة الأخرى تعارض وههنا أحد البينتين ينفى ما شهدت به البينة الأخرى لأنه إذا عقد بأحد العوضين لم يجز أن يعقد بالعوض الآخر فتعارضتا :

(فصل) إذا ادعى رجلان داراً فى يد رجل وعزيا الدعوى إلى سبب يقتضى اشتراكهما كالإرث عن ميت والابتياع فى صفقة

(قوله وعزيا الدعوى) يقال عزيته إلى أبيه وعزوته أى نسبته إليه، واعتزى هو أى انتمى وانتسب، وفى الحديث من تعزى بعزاء الجاهلية فأعضوه بهن أبيه ولا تكنوا أى من انتسب وانتمى، وذلك قولهم يا آل فلان

فأقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما شاركه الآخر لأن دعواهما تقتضي اشتراكهما في كل جزء منهما ولهذا لو كان طعاما فهلك بعضه كان هالكا منهما وكان الباقي بينهما فإذا جحد النصف وأقر بالنصف جعل المجحود بينهما والمقر به بينهما وإن ادعيا ولم يعزيا إلى سبب فأقر لأحدهما بنصفها لم يشاركه الآخر لأن دعواه لا تقتضي الاشتراك في كل جزء منه .

(فصل) وإن ادعى رجلان دارا في يد ثالث لكل واحد منهما نصفها وأقر الذي هي في يده بجميعها لأحدهما نظرت فإن كان قد سمع من المقر له الاقرار للمدعي الآخر بنصفها لزمه تسليم النصف إليه لأنه أقر بذلك فإذا صار إليه لزمه حكم إقراره كرجل أقر لرجل بعين ثم صارت العين في يده وإن لم يسمع منه إقرار فادعى جميعها حكم له بالجميع لأنه يجوز أن يكون الجميع له ودعواه للنصف صحيح لأن من له الجميع فله النصف ويجوز أن يكون قد خص النصف بالدعوى لأن على النصف بينة أو يعلم أنه مقر له بالنصف وتنتقل الخصومة إليه مع المدعي الآخر في النصف وإن قال الذي في يده الدار نصفها لي والنصف الآخر لا أعلم لمن هو ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يترك النصف في يده لأنه أقر لمن لا يدعيه فبطل الاقرار وبقي على ملكه والثاني أن الحاكم ينتزعه منه ويكون عنده لأن الذي في يده لا يدعيه والمقر له لا يدعيه فأخذه الحاكم للحفظ كالمال الضال والثالث أنه يدفع إلى المدعي الآخر لأنه يدعيه وليس له مستحق آخر وهذا خطأ لأنه حكم بمجرد الدعوى .

(فصل) إذا مات رجل وخلف ابنا مسلما وابنا نصرانيا وادعى كل واحد منهما أنه مات أبوه على دينه وأنه يرثه وأقام على ما يدعيه بينة فإن عرف أنه كان نصرانيا نظرت فإن كانت البينتان غير مؤرختين حكم ببينة الاسلام لأن من شهد بالنصرانية شهد بالأصل والذي شهد بالإسلام شهد بأمر حادث خفي على من شهد بالنصرانية فقدمت شهادته كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل فإن شهدت إحداهما بأنه مات وآخر كلامه الإسلام وشهدت الأخرى بأنه مات وآخر كلامه النصرانية فهما متعارضتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان فيكون كما لو مات ولا بينة فيكون القول قول النصراني لأن الظاهر معه والثاني أنهما يستعملان فإن قلنا بالقرعة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة ورث وإن قلنا بالوقف وقف وإن قلنا بالقسمة ففيه وجهان أحدهما أنه يقسم كما يقسم في غير الميراث والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه لا يقسم لأنه إذا قسم بينهما تيقن الخطأ في توريثهما وفي غير الميراث يجوز أن يكون المال مشتركا بينهما فقسم وإن لم يعرف أصل دينه تعارضت البينتان سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين وفيها قولان أحدهما أنهما تسقطان فإن كان المال في يد غيرهما فالقول قول من في يده المال وإن كان في يديهما كان بينهما وإن قلنا إنهما يستعملان فإن قلنا يقرع أقرع بينهما وإن قلنا يوقف وقف إلى أن ينكشف وإن قلنا يقسم قسم وقال أبو إسحاق لا يقسم لأنه يتيقن الخطأ في توريثهما والمنصوص أنه يقسم وما قاله أبو إسحاق خطأ لأنه يجوز أن يموت وهو نصراني فورثه ابناه وهما نصرانيان ثم أسلم أحدهما وادعى أن أباه مات مسلما ليأخذ الجميع ويغسل الميت ويصلي عليه في المسائل كلها ويدفن في مقابر المسلمين وينوى بالصلاة عليه وإن كان مسلما كما قلنا في موتى المسلمين إذا اختلطوا بموتى الكفار .

(فصل) وإن مات رجل وخلف ابنين واتفق الابنان أن أباهما مات مسلما وأن أحد الابنين أسلم قبل موت الأب واختلفا في الآخر فقال أسلمت أنا أيضا قبل موت أبي فالميراث بيننا وأنكر الآخر فالقول قول المتفق على إسلامه لأن الأصل بقاؤه على الكفر ولو اتفقا على إسلامهما واختلفا في وقت موت الأب فقال أحدهما مات أبي قبل إسلامك فالميراث لي وقال الآخر بل مات بعد إسلامي أيضا فالقول قول الثاني لأن الأصل حياة الأب وإن مات رجل وخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين فقال الأبوان مات كافرا وقال الابنان مات مسلما فقد قال أبو العباس يحتمل قولين أحدهما أن القول قول الأبوين لأنه إذا ثبت أنهما كافران كان الولد محكوما بكفره إلى أن يعلم الإسلام والثاني أن الميراث يوقف إلى أن يصطلحوا أو ينكشف الأمر لأن الولد إنما يتبع الأبوين في الكفر قبل البلوغ فأما بعد البلوغ فله حكم نفسه ويحتمل أنه كان مسلما ويحتمل أنه كان كافرا فوقف الأمر إلى أن ينكشف .

(فصل) وإن مات رجل وله ابن حاضر وابن غائب وله دار في يد رجل فادعى الحاضر أن أباه مات وأن الدار بينه وبين أخيه

وأقام بينة من أهل الخبرة بأنه مات وأنه لا وارث له سواها انتزعت الدار ممن هي في يده ويسلم إلى الحاضر نصفها وحفظ النصف للغائب وإن كان له دين في الذمة قبض الحاضر نصفه وفي نصيب الغائب وجهان أحدهما أنه يأخذه الحاكم ويحفظه عليه كالعين والثاني أنه لا يأخذه لأن كونه في الذمة أحفظ له ولا يطالب الحاضر فيما يدفع إليه بضمين لأن في ذلك قدحا في البينة وإن لم تكن البينة من أهل الخبرة الباطنة أو كانت من أهل الخبرة إلا أنها لم تشهد بأنها لا تعرف له وارثا سواها لم يدفع إليه شيء حتى يبعث الحاكم إلى البلاد التي كان يسافر إليها فيسأل هل له وارث آخر فإذا سأل ولم يعرف له وارث غيره دفع إليه قال الشافعي رحمه الله يأخذ منه ضمينا وقال في الأم وأحب أن يأخذ منه ضمينا فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما أنه يجب أخذ الضمين لأنه ربما ظهر وارث آخر والثاني أنه يستحب ولا يجب لأن الظاهر أنه لا وارث له غيره ومنهم من قال إن كان الوارث ممن يحجب كالأخ والعم وجب وإن كان ممن لا يحجب كالابن استحب لأن من لا يحجب يتيقن أنه وارث ويشك فيمن يزاحمه فلم يترك اليقين بالشك ومن يحجب يشك في إرثه وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال إن كان الوارث غير مأمون وجب لأنه لا يؤمن أن يضيع حق من يظهر وإن كان مأمونا لم يجب لأنه لا يضيع حق من يظهر وحمل القولين على هذين الحالين وإن كان الوارث ممن له فرض لا ينقص كالزوجين فإن شهد الشهود أنه لا وارث له سواه وهم من أهل الخبرة دفع إليه أكمل الفرضين ولا يؤخذ منه ضمين وإن لم يشهدوا أنه لا وارث له سواه أو شهدوا بذلك ولم يكونوا من أهل الخبرة دفع إليه أنقص الفرضين فإن كان زوجا دفع إليه ربع المال عائلا وإن كان زوجة دفع إليها ربع الثمن عائلا ويوقف الباقي فإن لم يظهر وارث آخر دفع إليه الباقي.

(فصل) وإن ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثها الابن ثم مات الابن فورثته وقال أخوها بل مات الابن أولا فورثته الأم ثم ماتت فورثتها لم يورث ميت من ميت بل يجعل مال الابن للزوج ومال المرأة للزوج والأخ لأنه لا يرث إلا من تيقن حياته عند موت مورثه وههنا لا تعرف حياة واحد من الميتين عند موت مورثه فلم يورث أحدهما من الآخر كالغرقى.

(فصل) وإن مات رجل وله دار وخلف ابنا وزوجة فادعى الابن أنه تركها ميراثا وادعت الزوجة أنه أصدقها الدار وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الزوجة على بينة الارث لأن بينة الارث تشهد بظاهر الملك المتقدم وبينة الصداق تشهد بأمر حادث على الملك خفي على بينة الارث.

(فصل) وإن تداعى رجلان حائطا بين داريهما فإن كان مبنيا على تربيع إحداهما مساويا لها في السمك والحد ولم يكن بناؤه مخالفا لبناء الدار الأخرى ولم تكن بينة لأحدهما فالقول قول من بنى على تربيع داره لأن الظاهر أنه بنى لداره وإن كان لأحدهما عليه أزج فالقول قوله لأن الظاهر أنه بنى للأزج وإن كان مطلقا وهو الذي لم يقصد به سوى السترة ولم تكن بينة حلفا وجعل بينهما لأنه متصل بالملكين اتصالا واحدا وإن كان لأحدهما عليه جذوع ولم يقدم على الآخر بذلك لأنهما لو تنازعا فيه قبل وضع الجذوع كان بينهما ووضع الجذوع يجوز أن يكون بإذن من الجار أو بقضاء حاكم يرى وضع الجذوع على حائط الجار بغير رضاه فلا يزيل ما تيقناه بأمر محتمل كما لو مات رجل عن دار ثم وجد الدار في يد أجنبي.

(فصل) وإن تداعى صاحب السفل وصاحب العلو السقف ولا بينة حلف كل واحد منهما وجعل بينهما لأنه حاجز توسط ملكيهما فكان بينهما كالحائط بين الدارين فإن تنازعا في الدرجة فإن كان تحتها مسكن فهي بينهما لأنهما متساويان في الانتفاع بها وإن كان تحتها موضع وجب ففيه وجهان أحدهما أنهما يحلفان ويجعل بينهما لأنهما يرتفقان بها والثاني

(قوله قدحا في البينة) القدح مثل الجرح يقال قدحت في نسبه أي طعنت (قوله أزج) على وزن فعل محرك مخفف. الأزج ضرب من الأبنية والجمع آزج وآزاج قال الأعشى:

بناه سليمان بن داود حقبة ... له أزج صم وطيء موثق

ويروى أرج عال وهو كالعقود في محاريب المساجد وبين الأساطين (قوله موضع جب) هو السرداب ووعاء الماء. وقد ذكرنا أن صحن الدار وسطها.

أنه يحلف صاحب العلو ويقضى له لأن المقصود بها منفعة صاحب العلو وإن تداعيا سلما منصوبا حلف صاحب العلو وقضى له لأنه يختص بالانتفاع به فى الصعود وإن تداعيا صحن الدار نظرت فإن كانت الدرجة فى الصحن حلفا وجعل بينهما لأن لكل واحد منهما يدا عليه وإن كانت الدرجة فى الدهليز ففيه وجهان أحدهما أنها بينهما لأن لكل واحد منهما يدا ولهذا لو تنازعا فى أصل الدار كانت بينهما والثانى أنه لصاحب السفل لأنها فى يده ولهذا يجوز أن يمنع صاحب العلو من الاستطراق فيها .

(فصل) وإن تداعى رجلان مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر حلفا وجعل بينهما لأن فيها منفعة لصاحب النهر لأنها تجمع الماء فى النهر ولصاحب الأرض منها منفعة لأنها تمنع الماء من أرضه .

(فصل) وإن تداعى رجلان دابة وأحدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها حلف الراكب وقضى له وقال أبو إسحاق رحمه الله هى بينهما لأن كل واحد منهما لو انفرد لكانت له والصحيح هو الأول لأن الراكب هو المنفرد بالتصرف فقضى له وإن تداعيا عمامة وفى يد أحدهما منها ذراع وفى يد الآخر الباقى حلفا وجعلت بينهما لأن يد كل واحد منهما ثابتة على العمامة وإن تداعيا عبدا ولأحدهما عليه ثياب حلفا وجعل بينهما ولا يقدم صاحب الثياب لأن منفعة الثياب تعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب .

(فصل) وإن كان فى يد رجل عبد بالغ عاقل فادعى أنه عبده فإن صدقه حكم له بالملك وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر الحرية وإن كان طفلا لا يميز فالقول قول المدعى لأنه لا يعبر عن نفسه وهو فى يده فهو كالبهيمة وإن بلغ هذا الطفل فقال لست بمملوك له لم يقبل قوله لأنا حكمنا له بالملك فلا يسقط بإنكاره وإن جاء رجل فادعى أنه ابنه لم يثبت نسبه بمجرد دعواه لأن فيه إضرارا بصاحب الملك لأنه ربما يعتقه فيثبت له عليه الولاء وإذا ثبت نسبه لمن يدعى النسب سقط حق ولائه وإن كان مراهقا وادعى أنه مملوكه فأنكر ففيه وجهان أحدهما أنه لا يحكم بالملك لأنه يعبر عن نفسه فلم يحكم بملكه مع إنكاره كالبالغ والثانى أنه يحكم له بالملك وهو الصحيح لأنه لا حكم لقوله .

(فصل) وإن تداعى الزوجان متاع البيت الذى يسكنانه ولا بينة حلفا وجعل الجميع بينهما نصفين لأنه فى يدهما فجعل بينهما كما لو تداعيا الدار التى يسكنان فيها وإن تداعى المكرى والمكترى المتاع الذى فى الدار المكراة فالقول قول المكترى لأن يده ثابتة على ما فى الدار وإن تداعيا سلما غير مسمر فهو للمكترى لأنه كالمتاع وإن تداعيا سلما مسمرا فالقول قول المكرى لأنه من أجزاء الدار وإن تداعيا الرفوف المسمرة فالقول قول المكرى لأنها متصلة بالدار فصارت كأجزائها وإن كانت غير مسمرة فقد قال الشافعى رحمه الله أنهما يتحالفان وتجعل بينهما لأن الرفوف قد تترك فى العادة وقد تنقل عنها فيجوز أن تكون للمكترى ويجوز أن تكون للمكرى فجعل بينهما .

(فصل) ومن وجب له حق على رجل وهو غير ممتنع من دفعه لم يجز لصاحب الحق أن يأخذ من ماله حقه بغير إذنه لأن الخيار فيما يقضى به الدين إلى من عليه الدين ولا يجوز أن يأخذ إلا ما يعطيه وإن أخذ بغير إذنه لزمه رده فإن تلف ضمنه لأنه أخذ مال غيره بغير حق وإن كان ممتنعا من أدائه فان لم يقدر على أخذه بالحاكم فله أن يأخذ من ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا إضرار وفى منعه من أخذ ماله فى هذا الحال إضرار به وإن كان يقدر على أخذه بالحاكم بأن تكون له عليه بينة ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز أن يأخذه لأنه يقدر على أخذه بالحاكم فلم يجز أن يأخذه بنفسه والثانى وهو المذهب أنه يجوز لأن هندا قالت يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما آخذه سرا فقال عليه السلام خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف فأذن لها فى الأخذ مع القدرة على الأخذ بالحاكم ولأن عليه فى المحاكمة مشقة فجاز له أخذه فإن كان الذى قدر عليه من جنس حقه أخذ قدر حقه وإن كان من غير جنسه أخذه ولا يجوز أن يتملكه لأنه من غير جنس ماله فلا يجوز أن يتملكه ولكن

(قوله مسناة) قال الهروى المسناة ضفين يبنى للسيل برده : سميت مسناة لأن فيها مفاتيح الماء ، يقال سنيت الشىء إذا فتحته قال الشاعر * إذا الله سنى عقد أمر تيسرا * وذكر فى مواضع من الكتاب ما يدل أن المسناة تجمع الماء من النهر ولم أقف منه على حقيقة ، وقد ذكر أهل التفسير فى قوله تعالى «سيل العرم» أن العرم المسناة وكان ذلك سدا يجمع فيه ماء السيول (قوله مراهقا) هو الذى قارب الاحتلام وقد ذكر (قوله المتاع الذى فى الدار) هو ههنا الأثاث وآلات البيت والأبنية

يبيعه ويصرف ثمنه فى حقه وفى كيفية البيع وجهان أحدهما أنه يواطئ رجلا ليقر له بحق وأنه ممتنع من أدائه فيبيع الحاكم المال عليه والثانى وهو المذهب أنه يبيع المال بنفسه لأنه يتعذر عليه أن يثبت الحق عند الحاكم وأنه ممتنع من بيعه فملك بيعه بنفسه فإن تلفت العين قبل البيع ففيه وجهان أحدهما أنها تتلف من ضمان من عليه الحق ولا يسقط دينه لأنها محبوسة لاستيفاء حقه منها فكان هلاكها من ضمان المالك كالرهن والوجه الثانى أنها تتلف من ضمان صاحب الحق لأنه أخذها بغير إذن المالك فتلفت من ضمانه بخلاف الرهن فإنه أخذه بإذن المالك فتلف من ضمانه :

(باب اليمين فى الدعاوى)

إذا ادعى رجل على رجل حقا فأنكره ولم يكن للمدعى بينة فإن كان ذلك فى غير الدم حلف المدعى عليه فإن نكل عن اليمين ردت اليمين على المدعى وقد بيناه ذلك فى باب الدعاوى وإن كانت الدعوى فى دم ولم يكن للمدعى بينة فإن كان فى قتل لا يوجب القصاص نظرت فإن كان هناك لوث حلف المدعى خمسين يمينا وقضى له بالدية والدليل عليه ماروى سهل بن أبى حثمة أن عبد الله ومحيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهما فأتى محيصة وذكر أن عبد الله طرح فى فقير أو عين ماء فأتى يهود فقال أنتم والله قتلتموه قالوا والله ما قتلناه فأقبل هو وأخوه حويصة وعبد الرحمن أخو المقتول إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب محيصة يتكلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يأذنوا بحرب من الله ورسوله فكتب إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك فكتبوا إنا والله ما قتلناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن أتحلفون خمسين وتستحقون دم صاحبكم فقالوا لا قال أتحلف لكم يهود قالوا لا ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده فبعث إليهم بمائة ناقة قال سهل لقد ركضتنى منها ناقة حمراء ولأن باللوث تقوى جنبة المدعى ويغلب على الظن صدقه فسمعت يمينه كالمدعى إذا شهد له عدل وحلف معه وإن كانت الدعوى فى قتل يوجب القود ففيه قولان قال فى القديم يجب القود بأيمان المدعى لأنها حجة يثبت بها قتل العمد فوجب بها القود كالبينة وقال فى الجديد لا يجب لقوله صلى الله عليه وسلم إما أن يدوا صاحبكم أو يأذنوا بحرب من الله ورسوله فذكر الدية ولم يذكر القصاص ولأنه حجة لا يثبت بها النكاح فلا يثبت بها القصاص كالشاهد واليمين فإن قلنا بقوله القديم وكانت الدعوى على جماعة وجب القود عليهم وقال أبو إسحاق رحمه الله لا يقتل إلا واحد يختاره الولى لأنها بينة ضعيفة فلا يقتل بها جماعة وهذا خطأ لأن الجماعة عندنا تقتل بالواحد والقسامة على هذا القول كالبينة فى إيجاب القود فإذا قتل بها الواحد قتل بها الجماعة :

(فصل) وإن كان المدعى جماعة ففيه قولان أحدهما أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا لأن ما حلف به الواحد إذا انفرد حلف به كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة فى سائر الدعاوى والقول الثانى أنه يقسط عليهم الخمسون يمينا على قدر مواريثهم لأنه لما قسط عليهم ما يجب بأيمانهم من الدية على قدر مواريثهم وجب أن تقسط الأيمان أيضا على قدر مواريثهم وإن دخلها كسر جبر الكسر لأن اليمين الواحدة لا تتبعض فكملت فإن نكل المدعى عن اليمين ردت اليمين على المدعى

(ومن باب اليمين فى الدعاوى)

اللوث بالفتح القوة : قال الأعشى

بذات لوث عفرناه إذا عثرت … فالتعس أدنى لها من أن يقال لعا

ومنه سمى الأسد ليثا ، فاللوث قوة جنبة المدعى ، وأما اللوث بالضم فهو الاسترخاء ، واللوثة مس جنون . وسميت الأيمان ههنا القسامة لتكرارها وكثرتها وإن كانت كل يمين قسما . وقيل لأنها تقسم على الأولياء فى الدم (قوله من جهد أصابهما) الجهد بالفتح المشقة وجهد الرجل فهو مجهود من المشقة يقال أصابهم قحط من المطر فجهدوا (قوله طرح فى فقير) الفقير مخرج الماء من القناة وهو حفير كالبئر : وعبد الله بن سهل المقتول وأخوه عبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة ابنا مسعود (قوله الكبر الكبر) معناه ليبدأ الكلام الأكبر وكان عبد الرحمن أصغر من صاحبيه (قوله وإما أن يأذنوا بحرب من الله) يأذنوا يعلموا والأذان الإعلام كأنه الإيذاع فى الأذن (قوله لحويصة ومحيصة) السماع فيهما بسكون الياء وياء التخفيف : وبرهان الدين بن الحضرمى أسمعناه بكسر الياء وبالتشديد

عليه فيحلف خمسين يمينا لقوله عليه الصلاة والسلام يبرئكم يهود منهم بخمسين يمينا ولأن التغليظ بالعدد لحرمة النفس وذلك يوجد في يمين المدعي والمدعى عليه وإن كان المدعى عليه جماعة ففيه قولان أحدهما أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والثاني أن الخمسين تقسط على عددهم والصحيح من القولين ههنا أن يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والصحيح من القولين في المدعين أنهم يحلفون خمسين يمينا والفرق بينهما أن كل واحد من المدعى عليه ينفي عن نفسه ماينفيه لو انفرد وليس كذلك المدعون فإن كل واحد منهم لايثبت لنفسه مايثبته إذا انفرد.

(فصل) فأما إذا لم يكن لوث ولا شاهد فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ولأن اليمين إنما جعلت في جنبة المدعي عند اللوث لقوة جنبته باللوث فإذا عدم اللوث - حصلت القوة في جنبة المدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته وعدم القتل فعادت اليمين إليه وهل تغلظ بالعدد فيه قولان أحدهما أنها لاتغلظ بل يحلف يمينا واحدة وهو اختيار المزني لأنها يمين توجهت على المدعى عليه ابتداء فلم تغلظ بالعدد كما في سائر الدعاوى والثاني أنها تغلظ فيحلف خمسين يمينا وهو الصحيح لأن التغليظ بالعدد لحرمة الدم وذلك موجود مع عدم اللوث فإن قلنا إنها يمين واحدة فإن كان المدعى عليه جماعة حلف كل واحد منهم يمينا واحدة فإن نكلوا ردت اليمين على المدعي فإن كان واحدا حلف يمينا واحدة وإن كانوا جماعة حلف كل واحد منهم يمينا واحدة وإن قلنا يغلظ بالعدد وكان المدعى عليه واحدا حلف خمسين يمينا وإن كانوا جماعة فعلى القولين أحدهما أنه يحلف كل واحد خمسين يمينا والثاني أنه يقسط على عدد رؤوسهم فإن نكلوا ردت اليمين على المدعي فإن كان واحدا حلف خمسين يمينا وإن كانوا جماعة فعلى القولين أحدهما أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والثاني أنه يقسط عليهم خمسون يمينا على قدر مواريثهم من الدية وإذا نكل المدعى عليه فحلف المدعي وقضى له فإن كان في قتل يوجب المال قضى له بالدية وإن كان في قتل يوجب القصاص وجب القصاص قولا واحدا لأن يمين المدعي مع نكول المدعى عليه كالبينة في أحد القولين وكالإقرار في القول الآخر والقصاص يجب بكل واحد منهما.

(فصل) وإن ادعى القتل على اثنين وعلى أحدهما لوث دون الآخر حلف المدعي على صاحب اللوث لوجود اللوث وحلف الذي لالوث عليه لعدم اللوث وإن ادعى القتل على جماعة لايصح اشتراكهم على القتل لم تسمع دعواه لأنها دعوى محال وإن ادعى القتل على ثلاثة وهناك لوث فحضر منهم واحد وغاب اثنان وأنكر الحاضر حلف المدعي خمسين يمينا فإن حضر الثاني وأنكر ففيه وجهان أحدهما أنه يحلف عليه خمسين يمينا لأنهما لو حضرا ذكر كل واحد منهما في يمينه فإذا انفرد وجب أن يكرر ذكره والوجه الثاني أنه يحلف خمسا وعشرين يمينا لأنهما لو حضرا حلف عليهما خمسين يمينا فإذا انفرد وجب أن يحلف عليه نصف الخمسين فإن حضر الثالث وأنكر ففيه وجهان أحدهما أنه يحلف عليه خمسين يمينا والثاني أنه يحلف عليه ثلث خمسين يمينا ويجبر الكسر فيحلف سبع عشرة يمينا وإن قال قتله هذا عمدا ولا أعلم كيف قتله الآخران أقسم على الحاضر ووقف الأمر إلى أن يحضر الآخران فإن حضرا وأقرا بالعمد ففي القود قولان وإن أقرا بالخطأ وجب على الأول ثلث الدية مغلظة وعلى كل واحد من الآخرين ثلث الدية مخففة وإن أنكر القتل ففيه وجهان أحدهما أنه لايحلف لأنه لايعلم مايحلف عليه ولا يعلم الحاكم مايحكم به والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه يحلف لأن جهله بصفة القتل ليس بجهل بأصل القتل فإذا حلف حبس حتى يصف القتل وإن قال قتله هذا ونفر لا أعلم عددهم فإن قلنا إنه لايجب القود لم يقسم على الحاضر لأنه لايعلم مايخصه وإن قلنا إنه يجب القود ففيه وجهان أحدهما أنه يقسم لأن الجماعة تقتل بالواحد فلم يضر الجهل بعددهم والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه لايقسم لأنه ربما عفا عن القود على الدية ولا يعلم مايخصه منها.

(فصل) واللوث الذي يثبت لأجله اليمين في جنبة المدعي هو أن يوجد معنى يغلب معه على الظن صدق المدعي فإن وجد القتيل

(قوله يبرئكم يهود) أي يحلفون فيبرأون من القتل. يقال برىء من الدين وأبرأته أنا فهو بريء وخلي منه (قوله مغلظة) الغلظ في الجسم الكثافة والثخونة والامتلاء، وفيما سواه الكثرة. فتغليظ الأيمان بكثرة العدد وبالصفات. وتغليظ الدية تكثيرها بالأسنان التي تكثر قيمتها.

فى محلة أعدائه لا يخالطهم غيرهم كان ذلك لوثا فيحلف المدعى لأن قتيل الأنصار وجد فى خيبر وأهلها أعداء للأنصار فجعل النبى صلى الله عليه وسلم اليمين على المدعين فصار هذا أصلا. كل من يغلب معه على الظن صدق المدعى فيجعل القول قول المدعى مع يمينه وإن كان يخالطهم غيرهم لم يكن لوثا لجواز أن يكون قتله غيرهم وإن تفرقت جماعة عن قتيل فى دار أو بستان وادعى الولى أنهم قتلوه فهو لوث فيحلف المدعى أنهم قتلوه لأن الظاهر أنهم قتلوه وإن وجد قتيل فى زحمة فهو لوث فإن ادعى الولى أنهم قتلوه حلف وقضى له وإن وجد قتيل فى أرض وهناك رجل معه سيف مخضب بالدم وليس هناك غيره فهو لوث فإن ادعى الولى عليه القتل حلف عليه لأن الظاهر أنه قتله فإن كان هناك غيره من سبع أو رجل مول لم يثبت اللوث على صاحب السيف لأنه يجوز أن يكون قتله السبع أو الرجل المولى وإن تقابلت طائفتان فوجد قتيل من إحدى الطائفتين فهو لوث على الطائفة الأخرى فإن ادعى الولى أنهم قتلوه حلف وقضى له بالدية لأن الظاهر أنه لم تقتله طائفة وإن شهد جماعة من النساء أو العبيد على رجل بالقتل نظرت فإن جاءوا دفعة واحدة وسمع بعضهم كلام البعض لم يكن ذلك لوثا لأنه يجوز أن يكونوا قد تواطأوا على الشهادة وإن جاءوا متفرقين واتفقت أقوالهم ثبت اللوث ويحلف الولى معهم وإن شهد صبيان أو فساق أو كفار على رجل بالقتل وجاءوا دفعة واحدة وشهدوا لم يكن ذلك لوثا لأنه يجوز أن يكونوا قد تواطأوا على الشهادة فإن جاءوا متفرقين وتوافقت أقوالهم ففيه وجهان أحدهما أن ذلك لوث لأن اتفاقهم على شىء واحد من غير تواطؤ يدل على صدقهم والثانى أنه ليس بلوث لأنه لا حكم لخبرهم فلو أثبتنا بقولهم لوثا لجعلنا لخبرهم حكما وإن قال المجروح قتلنى فلان ثم مات لم يكن قوله لوثا لأنه دعوى ولا يعلم به صدقه فلا يجعل لوثا فإن شهد عدل على رجل بالقتل فإن كانت الدعوى فى قتل يوجب المال حلف المدعى يمينا وقضى له بالدية لأن المال يثبت بالشاهد واليمين وإن كانت فى قتل يوجب القصاص حلف خمسين يمينا ويجب القصاص فى قوله القديم والدية فى قوله الجديد.

(فصل) وإن شهد واحد أنه قتله فلان بالسيف وشهد آخر أنه قتله بالعصا لم يثبت القتل بشهادتهما لأنه لم تتفق شهادتهما على قتل واحد وهل يكون ذلك لوثا يوجب القسامة فى جانب المدعى قال فى موضع يوجب القسامة وقال فى موضع لا يوجب القسامة واختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو إسحاق هو لوث يوجب القسامة قولا واحدا لأنهما اتفقا على إثبات القتل وإنما اختلفا فى صفته وجعل القول الآخر غلطا من الناقل وقال أبو الطيب بن سلمة وابن الوكيل إن ذلك ليس بلوث ولا يوجب القسامة قولا واحدا لأن كل واحد منهما يكذب الآخر فلا يغلب على الظن صدق ما يدعيه والقول الآخر غلط من الناقل ومنهم من قال فى المسئلة قولان أحدهما أنه لوث يوجب القسامة والثانى ليس بلوث ووجههما ما ذكرناه وإن شهد واحد أنه قتله فلان وشهد آخر أنه أقر بقتله لم يثبت القتل بشهادتهما لأن أحدهما شهد بالقتل والآخر شهد بالإقرار وثبت اللوث على المشهود عليه وتخالف المسئلة قبلها فإن هناك كل واحد منهما يكذب الآخر وههنا كل واحد منهما غير مكذب للآخر بل كل واحد منهما يقوى الآخر فيحلف المدعى مع من شاء منهما فإن كان القتل خطأ حلف يمينا واحدة وثبتت الدية فإن حلف مع من شهد بالقتل وجبت الدية على العاقلة لأنها تثبت بالبينة وإن حلف مع من شهد بالإقرار وجبت الدية فى ماله لأنها تثبت بالإقرار وإن كان القتل موجبا للقصاص حلف المدعى خمسين يمينا ووجب له القصاص فى أحد القولين والدية فى الآخر وإن ادعى على رجل أنه قتل وليه ولم يقل عمدا ولا خطأ وشهد له بما ادعاه شاهد لم يكن ذلك لوثا لأنه لو حلف مع شاهده لم يمكن الحكم بيمينه لأنه لا يعلم صفة القتل حتى يستوفى موجبه فسقطت الشهادة وبطل اللوث.

(فصل) وإن شهد شاهدان أن فلانا قتله أحد هذين الرجلين ولم يعيناه ثبت اللوث فيحلف الولى على من يدعى القتل عليه لأنه قد ثبت أن المقتول قتله أحدهما فصار كما لو وجد بينهما مقتول فإن شهد شاهد على رجل أنه قتل أحد هذين الرجلين لم يثبت اللوث لأن اللوث ما يغلب معه على الظن صدق ما يدعيه المدعى ولا يعلم أن الشاهد لمن شهد من الوليين فلا يغلب على الظن صدق واحد من الوليين فلم يثبت فى حقه لوث وإن ادعى أحد الوارثين قتل مورثه على رجل فى موضع اللوث وكذبه الآخر سقط حق المكذب من القسامة وهل يسقط اللوث فى حق المدعى فيه قولان أحدهما أنه لا يسقط فيحلف ويستحق نصف الدية

(قوله تواطأوا على الشهادة) توافقوا.

وهو اختيار المزني لأن القسامة مع اللوث كاليمين مع الشاهد ثم تكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر من أن يحلف مع الشهادة فكذلك تكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر من أن يقسم مع اللوث والقول الثاني أنه يسقط لأن اللوث يدل على صدق المدعي من جهة الظن وتكذيب المكذب يدل على كذب المدعي من جهة الظن فتعارضا وسقطا وبقي القتل بغير لوث فيحلف المدعى عليه على ما ذكرناه وإن قال أحد الابنين قتل أبي زيد ورجل آخر لا أعرفه وقال الآخر قتله عمرو ورجل آخر لا أعرفه أقسم كل واحد على من عينه ويستحق عليه ربع الدية لأن كل واحد منهما غير مكذب للآخر لجواز أن يكون الآخر هو الذي ادعى عليه أخوه فإن رجعا وقال كل واحد منهما علمت أن الآخر هو الذي ادعى عليه أخي أقسم كل واحد منهما على الذي ادعى عليه أخوه ويستحق عليه ربع الدية وإن قال كل واحد منهما علمت أن الآخر غير الذي ادعى عليه أخي صار كل واحد منهما مكذبا للآخر فإن قلنا إن تكذيب أحدهما لا يسقط اللوث أقسم كل واحد منهما على الذي عينه ثانيا واستحق عليه ربع الدية وإن قلنا إن التكذيب يسقط اللوث بطلت القسامة وإن أخذ شيئا رده ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه وإن ادعى القتل على رجل عليه لوث فجاء آخر وقال أنا قتلته ولم يقتله هذا لم يسقط حق المدعي من القسامة بإقراره وإقراره على نفسه لا يقبل لأن صاحب الدم لا يدعيه وهل للمدعي أن يرجع ويطالب المقر بالدية فيه قولان أحدهما أنه ليس له مطالبته لأن دعواه على الأول إبراء لكل من سواه والثاني أن له أن يطالب لأن دعواه على الأول باللوث من جهة الظن والإقرار يقين فجاز أن يترك الظن ويرجع إلى اليقين وإن ادعى على رجل قتل العمد فقيل له صف العمد ففسره بشبه العمد فقد نقل المزني أنه لا يقسم وروى الربيع أنه يقسم فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما أنه لا يقسم لأن بقوله قتله عمدا أبرأ العاقلة وبتفسيره أبرأ القاتل والقول الثاني أنه يقسم وتجب الدية على العاقلة لأن المعول على التفسير وقد فسر بشبه العمد ومنهم من قال يقسم قولا واحدا لما بينا وقوله لا يقسم معناه لا يقسم على ما ادعاه

(فصل) وإن كانت الدعوى في الجناية على الطرف ولم تكن شهادة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لأن اللوث قضى به في النفس بحرمة النفس فلا يقضى به في الطرف كالكفارة وهل تغلظ اليمين فيه بالعدد فيه قولان أحدهما لا تغلظ لأنه يسقط فيه حكم اللوث فسقط فيه حكم التغليظ بالعدد والثاني أنه تغلظ بالعدد لأنه يجب فيه القصاص والدية المغلظة فوجب فيه تغليظ اليمين فإن قلنا لا تغلظ حلف المدعى عليه يمينا واحدة وإن قلنا تغلظ فإن كان في جناية توجب دية كاملة كاليدين غلظ بخمسين يمينا وإن كان فيما لا توجب دية كاملة كاليد الواحدة ففي قدر التغليظ قولان أحدهما أنه يغلظ بخمسين يمينا لأن التغليظ لحرمة الدم وذلك موجود في اليد الواحدة والثاني أنه تغلظ بحصته من الدية لأن ديته دون دية النفس فلم تغلظ بما تغلظ به في النفس .

(فصل) فإن كانت الدعوى في قتل عبد وهناك لوث ففيه طريقان أحدهما أنه يبنى ذلك على أن العاقلة هل تحمل قيمته بالجناية فإن قلنا تحمل العاقلة قيمته ثبتت فيه القسامة للسيد وإن قلنا لا تحمل لم تثبت القسامة والثاني وهو قول أبي العباس أن للسيد القسامة قولا واحدا لأن القسامة لحرمة النفس فاستوى فيه الحر والعبد كالكفارة فإن قلنا إن للسيد القسامة أقسم المكاتب في قتل عبده فإن لم يقسم حتى عجز عن أداء الكتابة أقسم المولى وإن قتل عبد وهناك لوث ووصى مولاه بقيمته لأم ولده ولم يقسم السيد حتى مات ولم تقسم الورثة فهل تقسم أم الولد فيه قولان أحدهما تقسم والثاني لا تقسم كما قلنا في غرماء الميت إذا كان له دين وله شاهد ولم تحلف الورثة أن الغرماء يقسمون في أحد القولين ولا يقسمون في الآخر وقد بينا ذلك في التفليس .

(فصل) وإن قتل مسلم وهناك لوث فلم يقسم وليه حتى ارتد المدعي لم يقسم لأنه إذا أقدم على الردة وهي من أكبر الكبائر لم يؤمن أن يقدم على اليمين الكاذبة فإن أقسم صحت القسامة وقال المزني رحمه الله لا تصح لأنه كافر فلا يصح يمينه بالله وهذا خطأ لأن القصد بالقسامة اكتساب المال والمرتد من أهل الاكتساب فإذا أقسم وجب القصاص لوارثه أو الدية فإن رجع إلى الإسلام كان له وإن مات على الردة كان ذلك لبيت المال فيئا وقال أبو علي بن خيران وأبو حفص بن الوكيل يبنى وجوب الدية بقسامته على حكم ملكه فإن قلنا إن ملكه لا يزول بالردة أو قلنا إنه موقوف فعاد إلى الإسلام ثبتت الدية وإن قلنا إن ملكه

(قوله لأن المعول) أي المعتمد . والعرب تقول عولت عليه في الأمر أي استعنت به فيه واعتمدت عليه

يزول بالردة أو قلنا إنه موقوف فلم يسلم حتى مات لم تثبت الدية وهذا غلط لأن اكتسابه للمال يصح على الأقوال كلها وهذا اكتساب .

(فصل) ومن توجهت عليه يمين فى دم غلظ عليه فى اليمين لما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه مر بقوم يحلفون بين الركن والمقام فقال أعلى دم قيل لا قال أفعلى عظيم من المال قيل لا قال لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المقام وإن كانت اليمين فى نكاح أو طلاق أو حد قذف أو غيرها مما ليس بمال ولا المقصود منه المال غلظ لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال فغلظ اليمين فيه كالدم وإن كانت اليمين فى مال أو ما يقصد به المال فإن كان يبلغ عشرين مثقالا غلظ وإن لم يبلغ ذلك لم يغلظ لأن عبد الرحمن بن عوف فرق بين المال العظيم وبين ما دونه فإن كانت اليمين فى دعوى عتق فإن كان السيد هو الذى يحلف إن كانت قيمة العبد تبلغ عشرين مثقالا غلظ اليمين وإن لم تبلغ عشرين مثقالا لم يغلظ لأن المولى يحلف لاثبات المال ففرق بين القليل والكثير كأروش الجنايات وإن كان الذى يحلف هو العبد غلظ قلت قيمته أو كثرت لأنه يحلف لاثبات العتق والعتق ليس بمال ولا المقصود منه المال فلم تعتبر قيمته كدعوى القصاص ولا فرق بين أن يكون فى طرف قليل الأرش أو فى طرف كثير الأرش .

(فصل) والتغليظ قد يكون بالزمان وبالمكان وفى اللفظ فأما التغليظ بالمكان ففيه قولان أحدهما أنه يستحب والثانى أنه واجب وأما التغليظ بالزمان فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايينى رحمه الله أنه يستحب وقد بينا ذلك فى اللعان وقال أكثر أصحابنا إن أن التغليظ بالزمان كالتغليظ بالمكان وفيه قولان وأما التغليظ باللفظ فهو مستحب وهو أن يقول والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أحلف رجلا فقال قل والله الذى لا إله إلا هو ولأن القصد باليمين الزجر عن الكذب وهذه ألفاظ أبلغ فى الزجر وأمنع من الإقدام على الكذب وإن اقتصر على قوله والله أجزأه لأن النبى صلى الله عليه وسلم اقتصر فى إحلاف ركانة على قوله والله وإن اقتصر على صفة من صفات الذات كقوله وعزة الله أجزأه لأنها بمنزلة قوله والله فى الحنث فى اليمين وإيجاب الكفارة وإن حلف بالمصحف وما فيه من القرآن فقد حكى الشافعى رحمه الله عن مطرف أن ابن الزبير كان يحلف على المصحف قال ورأيت مطرفا بصنعاء يحلف على المصحف قال الشافعى وهو حسن ولأن القرآن من صفات الذات ولهذا يجب بالحنث فيه الكفارة وإن كان الحالف يهوديا أحلفه بالله الذى أنزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق وإن كان نصرانيا أحلفه بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى وإن كان مجوسيا أو وثنيا أحلفه بالله الذى خلقه وصوره .

(فصل) ولا يصح اليمين فى الدعوى إلا أن يستحلفه القاضى لأن ركانة بن عبد يزيد قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله إنى طلقت امرأتى سهيمة ألبتة والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله ما أردت إلا واحدة قال ركانة والله ما أردت إلا واحدة ولأن الاعتبار بنية الحاكم فإذا حلف من غير استحلافه نوى ما لا يحنث به فيجعل ذلك طريقا إلى إبطال الحقوق وإن وصل بيمينه استثناء أو شرطا أو وصله بكلام لم يفهمه أعاد عليه اليمين من أولها وإن كان الحالف أخرس ولا يفهم إشارته وقف الأمر إلى أن يفهم إشارته فإن طلب المدعى أن يرد اليمين عليه لم يرد اليمين عليه لأن رد اليمين يتعلق بنكول المدعى عليه ولا يوجد النكول فإن كان الذى عليه اليمين حلف بالطلاق أنه لا يحلف بيمين مغلظة فإن كان التغليظ مستحقا عليه لزمه أن يحلف وإن حنث فى يمينه بالطلاق كما لو حلف بالطلاق أنه لا يحلف عند القاضى فإن امتنع جعل ناكلا وردت اليمين على خصمه وإن كان التغليظ غير مستحق لم يلزمه أن يحلف يمينا مغلظة وإن امتنع من التغليظ لم يجعل ناكلا.

(فصل) وإن حلف على فعل نفسه فى نفى أو إثبات حلف على القطع لأن علمه يحيط بحاله فيما فعل وفيما لم يفعل وإن حلف على فعل غيره فإن كان فى إثبات حلف على القطع لأن له طريقا إلى العلم بما فعل غيره وإن كان على نفى حلف على نفى العلم فيقول والله لا أعلم أن أبى أخذ منك مالا ولا أعلم أن أبى أبرأك من دينه لأنه لا طريق له إلى القطع بالنفى فلم يكلف اليمين عليه .

(قوله لقد خشيت أن يتهاون الناس) أى يأنسوا به فتقل هيبته عندهم فيتهاونوا به ويحتقروه وقد ذكر (قوله من صفات الذات) أى حقيقته وثبوت وجوده فى النفس من غير صورة ولا شخص ولا مثال

(فصل) وإن ادعى عليه دين من بيع أو قرض فأجاب بأنه لا يستحق عليه شيء ولم يتعرض للبيع والقرض لم يحلف إلا على ما أجاب ولا يكلف أن يحلف على نفي البيع والقرض لأنه يجوز أن يكون قد استقرض منه أو ابتاع ثم قضاه أو أبرأه منه فإذا حلف على نفي البيع والقرض حلف كاذبا وإن أجاب بأنه ما باعني ولا أقرضني ففي الإحلاف وجهان أحدهما أنه يحلف أنه لا يستحق عليه شيء ولا يكلف أن يحلف على نفي البيع والقرض لما ذكرناه من التعليل والثاني أنه يحلف على نفي البيع والقرض لأنه نفى ذلك في الجواب فلزمه أن يحلف على النفي فإن ادعى رجل على رجل ألف درهم فأنكر حلف أنه لا يستحق عليه ما يدعيه ولا شيئا منه فإن حلف أنه لا يستحق عليه الألف لم يجزه لأن يمينه على نفي الألف لا يمنع وجوب بعضها ؛

(فصل) وإن كان لجماعة على رجل حق فوكلوا رجلا في استحلافه لم يجز أن يحلف لهم يمينا واحدة لأن لكل واحد منهم عليه يمينا فلم تتداخل فإن رضوا بأن يحلف لهم يمينا واحدة ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز كما يجوز أن يثبت ببينة واحدة حقوق الجماعة والثاني وهو المذهب أنه لا يجوز لأن القصد من اليمين الزجر وما يحصل من الزجر بالتفريق لا يحصل بالجمع فلم يجز وإن رضوا كما لو رضيت المرأة أن يقتصر الزوج في اللعان على شهادة واحدة ؛

﴿ كتاب الشهادات ﴾

تحمل الشهادة وأداؤها فرض لقوله عز وجل ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه قال ابن عباس رضي الله عنه من الكبائر كتمان الشهادة لأن الله تعالى يقول ومن يكتمها فإنه آثم قلبه فهي فرض على الكفاية فإن قام بها من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقين لأن المقصود بها حفظ الحقوق وذلك يحصل ببعضهم وإن كان في موضع لا يوجد فيه غيره ممن يقع به الكفاية تعين عليه لأنه لا يحصل المقصود إلا به فتعين عليه ويجب الاشهاد على عقد النكاح وقد بيناه في النكاح وهل يجب على الرجعة فيه قولان وقد بيناهما في الرجعة وأما ما سوى ذلك من العقود كالبيع والاجارة وغيرهما فالمستحب أن يشهد عليه لقوله تعالى وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يجب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع من أعرابي فرسا فجحده فقال النبي صلى الله عليه وسلم من يشهد لي فقال خزيمة بن ثابت الأنصاري أنا أشهد لك قال لم تشهد ولم تحضر فقال نصدقك على أخبار السماء ولا نصدقك على أخبار الأرض فسماه النبي صلى الله عليه وسلم ذا الشهادتين.

(فصل) ومن كانت عنده شهادة في حد لله تعالى فالمستحب أن لا يشهد به لأنه مندوب إلى ستره ومأمور بدرئه فإن شهد به جاز لأنه شهد أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد على المغيرة بن شعبة بالزنا عند عمر رضي الله عنه فلم ينكر عمر ولا غيره من الصحابة عليهم ذلك ومن كانت عنده شهادة لآدمي فإن كان صاحبها يعلم بذلك لم يشهد قبل أن يسأل لقوله عليه الصلاة والسلام خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد وإن كان صاحبها

(ومن كتاب الشهادات)

أصل الشهادة الحضور من قولهم شهد المكان وشهد الحرب أي حضرها . والمشاهدة المعاينة مع الحضور . والشهادة خبر قطع بما حضر وعاين ثم قد يكون بما علم واستفاض ، وقيل إن الشهادة مأخوذة من العلم من قوله تعالى شهد الله قيل علم وبين كأن الشاهد يبين ما يوجب حكم الحاكم (قوله شهد أبو بكرة ونافع) وزياد هم إخوة أمهم سمية جارية للحارث بن كلدة الثقفي وكان أبو بكرة ينسب في الموالي، قال البيهقي أبو بكرة بن مسروح وقيل اسمه نفيع بن الحارث؛ ونافع ينسب إلى الحارث وزياد ينسب إلى أبي سفيان بن حرب وصدقه معاوية رضي الله عنه وانتفى عن أبيه غبيل زوج سمية أمه فهجره أخوه أبو بكرة إلى أن مات حين انتسب إلى الزاني وصدق أن أمه زنت لأن أباسفيان زعم أنه زنى بأمه في الجاهلية (قوله خير الناس قرني) القرن من الناس أهل زمان واحد واشتقاقه من الأقران وكل طبقة مقترنين في وقت فهم قرن قال :

إذا ذهب القرن الذي أنت منهم   وخلفت في قرن فأنت غريب

والقرن مثلك في السن تقول هذا على قرني أي على سني (قوله ثم يفشو) أي يكثر وينتشر من فشا المال إذا تناسل وكثر ، وفشا الخبر أيضا إذا ذاع ؛

لا يعلم بها شهد قبل أن يسأل لما روى زيد بن خالد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «خير الشهود الذى يأتى بالشهادة قبل أن يسألها» :

(فصل) ولا يجوز لمن تعين عليه فرض الشهادة أن يأخذ عليها أجرة لأنه فرض تعين عليه فلم يجز أن يأخذ عليه أجرة كسائر الفرائض ومن لم يتعين عليه ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز له أخذ الأجرة لأنه لا يتعين عليه فجاز أن يأخذ عليه أجرة كما يجوز على كتب الوثيقة والثانى أنه لا يجوز لأنه تلحقه التهمة بأخذ العوض :

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

لا تقبل شهادة الصبى لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان والصبى ليس من الرجال ولما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولأنه إذا لم يؤتمن على حفظ أمواله فلأن لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره أولى ولا تقبل شهادة المجنون للخبر والمعنى الذى ذكرناه ولا تقبل شهادة المغفل الذى يكثر منه الغلط لأنه لا يؤمن أن يغلط فى شهادته وتقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط لأن أحدا لا ينفك من الغلط واختلف أصحابنا فى شهادة الأخرس فمنهم من قال تقبل لأن إشارته كعبارة الناطق فى نكاحه وطلاقه فكذلك فى الشهادة ومنهم من قال لا تقبل لأن إشارته أقيمت مقام العبارة فى موضع الضرورة وهو فى النكاح والطلاق لأنها لا تستفاد إلا من جهته ولا ضرورة بنا إلى شهادته لأنها تصح من غيره بالنطق فلا تجوز بإشارته :

(فصل) ولا تقبل شهادة العبد لأنها أمر لا يتبعض بنى على التفاضل فلم يكن للعبد فيه مدخل كالميراث والرجم ولا تقبل شهادة الكافر لما روى معاذ رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة أهل دين على أهل دين آخر إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم ولأنه إذا لم تقبل شهادة من يشهد بالزور على الآدمى فلأن لا تقبل شهادة من شهد بالزور على الله تعالى أولى ولا تقبل شهادة فاسق لقوله تعالى إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين فإن ارتكب كبيرة كالغصب والسرقة والقذف وشرب الخمر فسق وردت شهادته سواء فعل ذلك مرة أو تكرر منه والدليل عليه قوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه فورد النص فى القذف والزنا وقسنا عليهما سائر الكبائر ولأن من ارتكب كبيرة ولم يبال شهد بالزور ولم يبال وإن تجنب الكبائر وارتكب الصغائر فإن كان ذلك نادرا من أفعاله لم يفسق ولم ترد شهادته وإن كان ذلك غالبا فى أفعاله فسق وردت شهادته لأنه لا يمكن رد شهادته بالقليل من الصغائر لأنه لا يوجد من يمحض الطاعة ولا يخلطها بمعصية ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم «ما منا إلا من عصى أو هم بمعصية إلا يحيى ابن زكريا» ولهذا قال الشاعر :

من لك بالمحض وليس محض　　يخبث بعض ويطيب بعض

(ومن باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

(قوله واستشهدوا شهيدين من رجالكم) يقال أشهدت واستشهدت بمعنى واحد . والشهيد والشاهد سواء بمعنى كالعالم والعليم ويجمع على أشهاد وشهداء وشهود وشهد ، سمى خزيمة بن ثابت ذا الشهادتين لأنه حكم بشهادته وحده وأقام شهادته مقام شاهدين (قوله المغفل) الذى تكثر منه الغفلة وليس بمتيقظ ولا ذاكر (قوله لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة) الخائن الذى أؤتمن فأخذ أمانته وقدوهم من قال هو السارق وقد تقع الخيانة فى غير المال وذلك بأن يستودع سرا فيفشيه أو يؤمن على حكم فلا يعدل فيه (قوله ولا ذى غمر) الغمر الحقد والغل ، وقد غمر صدره على الكسر يغمر غمرا وغمراء عن يعقوب (قوله شهد بالزور) الزور الكذب وأصله الميل كأنه مال عن الصدق إلى الكذب ومنه قوله تعالى «وترى الشمس إذا طلعت تزاور عن كهفهم» وقيل هو مشتق من قولهم زورت فى نفسى حديثا أصلحته وهيأته كأن شاهد الزور قد زور الشهادة فى نفسه وهيأها ولم يسمع ولم ير (قوله يمحض الطاعة) أى يخلصها والمحض الخالص من كل شيء (قوله يخبث بعض) الخبيث ضد الطيب وقد خبث خباثة وخبثا

ولا يمكن قبول الشهادة مع الكثير من الصغائر لأن من استجاز الإكثار من الصغائر استجاز أن يشهد بالزور فعلقنا الحكم على الغالب من أفعاله لأن الحكم للغالب والنادر لاحكم له ولهذا قال الله تعالى «فمن ثقلت موازينه فأولئك هم المفلحون ومن خفت موازينه فأولئك الذين خسروا أنفسهم فى جهنم خالدون» :

(فصل) ولاتقبل شهادة من لامروءة له كالقوال والرقاص ومن يأكل فى الأسواق ويمشى مكشوف الرأس فى موضع لاعادة له فى كشف الرأس فيه لأن المروءة هى الانسانية وهى مشتقة من المرء ومن ترك الإنسانية لم يؤمن أن يشهد بالزور ولأن من لايستحيي من الناس فى ترك المروءة لم يبال بما يصنع والدليل عليه ماروى أبو مسعود البدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال إنما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستحى فاصنع ماشئت واختلف أصحابنا فى أصحاب الصنائع الدنيئة إذا حسنت طريقتهم فى الدين كالكناس والدباغ والزبال والنخال والحجام والقيم الحمام فمنهم من قال لاتقبل شهادتهم لدناءتهم ونقصان مروءتهم ومنهم من قال تقبل شهادتهم لقوله تعالى «إن أكرمكم عند الله أتقاكم» ولأن هذه صناعات مباحة وبالناس إليها حاجة فلم ترد بها الشهادة :

(فصل) ويكره اللعب بالشطرنج لأنه لعب لاينتفع به فى أمر الدين ولاحاجة تدعو إليه فكان تركه أولى ولا يحرم لأنه روى اللعب به عن ابن عباس وابن الزبير وأبى هريرة وسعيد بن المسيب رضى الله عنهم وروى عن سعيد بن جبير أنه كان يلعب به استدبارا ومن لعب به من غير عوض ولم يترك فرضا ولا مروءة لم ترد شهادته وإن لعب به على عوض نظرت فإن أخرج كل واحد منهما مالا على أن من غلب منهما أخذ المالين فهو قمار تسقط به العدالة وترد به الشهادة لقوله تعالى «إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه» والميسر القمار وإن أخرج أحدهما مالا على أنه إن غلب أخذ ماله وإن غلبه صاحبه أخذ المال لم يصح العقد لأنه ليس من آلات الحرب فلا يصح بذل العوض فيه ولا ترد به الشهادة لأنه ليس بقمار لأن القمار أن لايخلو أحد من أن يغنم أو يغرم وههنا أحدهما يغنم ولا يغرم وإن اشتغل به عن الصلاة فى وقتها مع العلم فإن لم يكثر ذلك منه لم ترد شهادته وإن أكثر منه ردت شهادته لأنه من الصغائر ففرق بين قليلها وكثيرها فإن ترك فيه المروءة بأن يلعب به على طريق أو تكلم فى لعبه بما يسخف من الكلام أو اشتغل بالليل والنهار ردت شهادته لترك المروءة

(فصل) ويحرم اللعب بالنرد وترد به الشهادة وقال أبو إسحاق رحمه الله هو كالشطرنج وهذا خطأ لما روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله وروى بريدة رضى الله عنه

(قوله من استجاز) أى رآه جائزا سائغا يقال جوز له ماصنع وأجازله أى سوغ له ذلك . والمروءة تهمز وتخفف ويجوز التشديد وترك الهمزة فيها وهى الإنسانية كما ذكر . قال أبو زيد مرؤ الرجل صار ذا مروءة : فهى مروءة على فعيل وتمرأ تكلف المروءة (قوله إذا لم تستحى فاصنع ماشئت) معناه إنما يمنع من فعل السوء والقبيح الحياء فإذا عدم الحياء لم يمنعه منه مانع : وقيل معناه إذا لم تستحى صنعت ماشئت وقيل اصنع ماشئت فأنت مجازى (قوله الصنائع الدنيئة) هى الخسيسة مأخوذة من الدنىء وهو الخسيس مهموز ، وقد دنأ الرجل إذا صار دنيئا لاخير فيه (قوله والزبال) الذى يحمل الزبل وهو السرجين وموضعه المزبلة . والنخال هو الذى ينخل التراب يلتمس فيه الشىء التافه . والشطرنج بكسر الشين فى اللغة الفصيحة (قوله يلعب به استدبارا) الاستدبار خلاف الاستقبال أى يجعله خلف ظهره (قوله تكلم فى لعبه بما يسخف) هو الكلام القذع الساقط . وأصل السخف رقة العقل : وقد سخف الرجل بالضم سخافة فهو سخيف . ويحرم اللعب بالنرد . ليس النرد بعربى وصورته أن يكون ثلاثون بندقا مع كل واحد من اللاعبين خمسة عشر ويكون فيه ثلاث كعاب مربعة تكون فى أرباع كل واحدة فى ربع ست نقط وفى المقابلة نقطة وفى الربع الثانى خمس نقط وفى المقابلة نقطتان وفى الربع الثالث أربع نقط وفى المقابلة ثلاث نقط . والأربعة عشر هى قطعة من خشب يحفر فيها ثلاثة أسطار فيجعل فى تلك الحفر حصى صغار يلعبون بها ذكره فى البيان . ويحرم اللعب بالأربعة عشر هى اللعبة التى تسميها العامة شاردة وهو أربعة عشر بالفارسية لأن شار أربعة وده عشرة بلغتهم وهو حفيرات تجعل فى لوح سطرا فى أحد جانبيه وسطرا فى الجانب الآخر وتجعل فى الحفر حصى صغار يلعبون بها : وقال فى الشامل ثلاثة أسطر

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد فكأنما غمس يده فى لحم الخنزير ودمه ولأن المعول فيه على مايخرجه الكعبان فشابه الأزلام ويخالف الشطرنج فإن المعول فيه على رأيه ويحرم اللعب بالأربعة عشر لأن المعول فيها على مايخرجه الكعبان فحرم كالنرد ؛

(فصل) ويجوز اتخاذ الحمام لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رجلا شكى إلى النبى صلى الله عليه وسلم الوحشة فقال اتخذ زوجا من حمام ولأن فيه منفعة لأنه يأخذ بيضه وفرخه ويكره اللعب به لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسعى بحمامة فقال شيطان يتبع شيطانة وحكمه فى رد الشهادة حكم الشطرنج وقد بيناه ؛

(فصل) ومن شرب قليلا من النبيذ لم يفسق ولم ترد شهادته ومن أصحابنا من قال إن كان يعتقد تحريمه فسق وردت شهادته والمذهب الأول لأن استحلال الشىء أعظم من فعله بدليل أن من استحل الزنا كفر ولو فعله لم يكفر فإذا لم ترد شهادة من استحل القليل من النبيذ فلأن لا ترد شهادته بشربه أولى ويجب عليه الحد وقال المزنى رحمه الله لا يجب كما لا ترد شهادته وهذا خطأ لأن الحد للردع والنبيذ كالخمر فى الحاجة إلى الردع لأنه يشتهى كما يشتهى الخمر ورد الشهادة لارتكاب كبيرة لأنه إذا أقدم على كبيرة أقدم على شهادة الزور وشرب النبيذ ليس بكبيرة لأنه مختلف فى تحريمه وليس من أقدم على مختلف فيه أقدم على شهادة الزور وهى من الكبائر ؛

(فصل) ويكره الغناء وسماعه من غير آلة مطربة لما روى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال الغناء ينبت النفاق فى القلب كما ينبت الماء البقل ولا يحرم لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم مر بجارية لحسان بن ثابت وهى تقول :

هل على ويحكما * إن لهوت من حرج فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا حرج إن شاء الله وروت أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها قالت كان عندى جاريتان تغنيان فدخل أبو بكر رضى الله عنه فقال مزمار الشيطان فى بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعهما فإنهما أيام عيد فإن غنى لنفسه أو سمع غناء جاريته ولم يكثر منه لم ترد شهادته لأن عمر رضى الله عنه كان إذا دخل فى داره يترنم بالبيت والبيتين واستؤذن عليه لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه وهو يترنم فقال أسمعتنى ياعبد الرحمن قال نعم قال إنا إذا خلونا فى منازلنا نقول كما يقول الناس وروى عن أبى الدرداء رضى الله عنه وهو من زهاد الصحابة وفقهائها أنه قال إنى لأجم قلبى شيئا من الباطل لأستعين به على الحق فأما إذا أكثر من الغناء أو اتخذه صنعة يغشاه الناس للسماع

(قوله من غير آلة مطربة) قد ذكرنا أن الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن أو سرور قال الشاعر :

وأرانى طربا فى إثرهم طرب الواله أو كالمختبل

وبيت الجارية التى تنشد :

هل على ويحكما إن لهوت من حرج ؟

فقال لا حرج إن شاء الله . قال ابن الأنبارى فى الويح قولان قال أهل التفسير الويح الرحمة وقال الواحسن أن يقول الرجل لمن يخاطبه ويحك والثانى قاله الفراء . الويح والويس كنايتان عن الويل . ومعنى ويحك وويلك بمنزلة قول العرب قاتعه الله كناية عن قولهم قاتله الله . وكنى آخرون فقالوا كاتعه الله . وقال غيره ويح كلمة رحمة ضد ويل كلمة عذاب . وقال اليزيدى هما بمعنى واحد يقال ويح لزيد وويل لزيد برفعهما على الابتداء ولك أن تقول ويحا لزيد وويلا لزيد فتنصبهما بإضمار فعل كأنك قلت ألزمه الله ويحا وويلا (قوله لا حرج) أى لا ضيق أو لا إثم وقد ذكر (قوله يترنم بالبيت والبيتين) الرنم بالتحريك الصوت وقد رنم بالكسر وترنم إذا رجع صوته . والترنيم مثله وترنم الطائر فى هديره . وقيل إن البيت الذى أنشده عمر رضى الله عنه :

وإن ثوائى بالمدينة بعدما قضى وطرا منها جميل بن معمر

أراد جميل بن معمر الجمحى لا العذرى فإنه متأخر (قوله إنى لأجم قلبى) أى أريحه . والجمام بالفتح الراحة يقال جم الفرس جما وجماما إذا ذهب إعياؤه وكذلك إذا ترك الضراب يجم ويجم وأجم الفرس إذا ترك أن يركب . وقيل يجمعه ويكمل صلاحه ونشاطه يقال جم الماء يجم إذا زاد : وجم الفرس إذا زاد جريه

أو يدعى إلى المواضع ليغنى ردت شهادته لأنه سفه وترك المروءة وإن اتخذ جارية ليجمع الناس لسماعها ردت شهادته لأنه سفه وترك مروءة ودناءة:

(فصل) ويحرم استعمال الآلات التى تطرب من غير غناء كالعود والطنبور والمعزفة والطبل والمزمار والدليل عليه قوله تعالى «ومن الناس من يشترى لهو الحديث ليضل عن سبيل الله» قال ابن عباس إنها الملاهى وروى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «إن الله حرم على أمتى الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين» فالكوبة الطبل والقنين البربط وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «تمسخ أمة من أمتى بشربهم الخمر وضربهم بالكوبة والمعازف» ولأنها تطرب وتدعو إلى الصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة وإلى إتلاف المال فحرم كالخمر ويجوز ضرب الدف فى العرس والختان دون غيرهما لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف» ويكره القضيب الذى يزيد الغناء طربا ولا يطرب إذا انفرد لأنه تابع للغناء فكان حكمه حكم الغناء وأما رد الشهادة فما حكمنا بتحريمه من ذلك فهو من الصغائر فلا ترد الشهادة بما قل منه وترد بما كثر منه كما قلنا فى الصغائر وما حكمنا بكراهيته وإباحته فهو كالشطرنج فى رد الشهادة وقد بيناه:

(فصل) وأما الحداء فهو مباح لما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة نام بالوادى حاديان وروت عائشة رضى الله عنها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال وكان أنجشة مع النساء فقال النبى صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن رواحة حرك بالقوم فاندفع يرتجز فتبعه أنجشة فأعنقت الابل فى السير فقال النبى صلى الله عليه وسلم يا أنجشة رويدك رفقا بالقوارير ويجوز استماع نشيد الأعرابى لما روى عمرو

(قوله المعزفة) بكسر الميم من آلات الملاهى: والمعازف الملاهى والعزيف صوت الجن يعزف عزيفا (قوله لهو الحديث) فسر بالغناء وسمى لهوا لأنه يلهى عن ذكر الله تعالى يقال لهوت عن الشىء إذا أعرضت عنه (قوله إن الله حرم على أمتى الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين) الخمر يكون من العنب ويقال لما سواها مجازا واتساعا. والميسر القمار وقد ذكر والمزر خمرة الذرة وأما الكوبة والقنين فقد فسرهما الشيخ فى الكتاب وفسر القنين بالبربط وهو عود الغناء قال الزمخشرى القنين بوزن السكيت الطنبور عن ابن الأعرابى وقن إذا ضرب به يقال قننته بالعصا قنا إذا ضربته قال وقيل لعبة للروم يتقامرون بها وهو قول ابن قتيبة: قال ابن الأعرابى وهو الطنبور بالحبشة والكوبة النرد ويقال الطبل وقال فى الوسيط هو طبل المخنثين دقيق الوسط غليظ الطرفين وقال الجوهرى الكوبة الطبل الصغير المخصر وهو قريب مما قال فى الوسيط وقال فى العين هن قصبات يجمعن فى قطعة من أديم ويخرز عليهن ثم ينفخ فيها اثنان يزمران فيها وسميت كوبة لأن بعضها كوب على بعض أى ألزم (قوله تمسخ) المسخ تحويل صورة إلى ما هو أقبح منها يقال مسخه الله قردا والمسيخ من الرجال الذى لا ملاحة له ومن اللحم الذى لا طعم له (قوله أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف) الاعلان والعلانية ضد الإسرار وهو إظهار الشىء وترك إخفائه ليخالف الزنا الذى عادته أن يستسر به ويخفى والدف بالضم وحكى أبو عبيد أن الفتح فيه لغة (قوله الحداء) الحدا والحدو سوق الابل والغناء لها وقد حدوت الابل حدوا وحدا (قوله فأعنقت الابل فى السير) أى أسرعت والعنق ضرب من السير سريع كأن الابل ترفع أعناقها فيه (قوله رويدك) تصغير رود وقد أرود به أى رفق به وقد وضع موضع الأمر أى أرود بمعنى أرفق قيل أصله من رادت الريح ترود إذا تحركت حركة خفيفة قال الله تعالى أمهلهم رويدا أى إمهالا رويدا (قوله رفقا بالقوارير) شبههن بها لضعفهن ورقة قلوبهن والقوارير يسرع إليها الكسر وكان ينشد من الرجز ما فيه نسيب فلم يأمن أن يصيبهن أو يوقع فى قلوبهن حلاوة أمر بالكف عن ذاك يقال الغناء رقية الزنا ويقال إن سليمان بن عبد الملك سمع فى معسكره مغنيا فدعا به فخصاه فقال إن الغناء رقية الزنا وكان شديد الغيرة وأنشد بعض أهل العصر:

يا حادى العيس رفقا بالقوارير ... فقد أذاب سراها بالقواريرى
وشفها السير حتى ما بها رمق ... فى مهمه ليس فيه للقواريرى

جمع قارية وهى الفاختة*

ابن الشريد عن أبيه قال أردفني رسول الله صلى الله عليه وسلم وراءه ثم قال أمعك شيء من شعر أمية بن أبي الصلت فقلت نعم فأنشدته بيتا فقال هيه فأنشدته بيتا آخر فقال هيه فأنشدته، إلى أن بلغ مائة بيت .

(فصل) ويستحب تحسين الصوت بالقرآن لما روى الشافعي رحمه الله بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ما أذن الله لشيء كإذنه لنبي حسن الترنم بالقرآن وروى حسن الصوت بالقرآن وروى البراء بن عازب رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حسنوا القرآن بأصواتكم وقال عليه الصلاة والسلام ليس منا من لم يتغن بالقرآن وحمله الشافعي على تحسين الصوت وقال لو كان المراد به الاستغناء بالقرآن لقال من لم يتغان بالقرآن وأما القراءة بالألحان فقد قال في موضع أكرهه وقال في موضع آخر لا أكرهه وليست على قولين وإنما هي على اختلاف حالين فالذي قال أكرهه أراد إذا جاوز الحد في التطويل وإدغام بعضه في بعض والذي قال لا أكرهه إذا لم يجاوز الحد .

(فصل) ويجوز قول الشعر لأنه كان للنبي صلى الله عليه وسلم شعراء منهم حسان بن ثابت وكعب بن مالك وعبد الله بن رواحة ولأنه وفد عليه الشعراء ومدحوه وجاءه كعب بن زهير وأنشده :

بانت سعاد فقلبي اليوم متبول   متيم عندها لم يفد مكبول

فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم بردة كانت عليه فابتاعها منه معاوية بعشرة آلاف درهم وهي التي مع الخلفاء إلى اليوم وحكمه حكم الكلام في حظره وإباحته وكراهيته واستحبابه ورد الشهادة به والدليل عليه ماروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشعر بمنزلة الكلام حسنه كحسن الكلام وقبيحه كقبيح الكلام .

(فصل) ومن شهد بالزور فسق وردت شهادته لأنها من الكبائر والدليل عليه ماروى خريم بن فاتك قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح ولما انصرف قام قائما ثم قال عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله ثلاث مرات ثم تلا قوله عز وجل فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور وروى محارب بن دثار عن عمر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار ويثبت أنه شاهد زور من ثلاثة أوجه أحدها أن يقر أنه شاهد زور والثاني أن تقوم البينة أنه شاهد زور والثالث أن يشهد بما يقطع بكذبه بأن شهد على رجل أنه قتل أو زنى في وقت معين في موضع معين والمشهود عليه

(قوله فأنشدته بيتا فقال هيه) معناه زد وهو اسم فعل يؤمر به أي زد في إنشادك ينون فمن نون فمعناه زدني حديثا لأن التنوين للتكثير ومن لم ينون فمعناه زدني من الحديث المعروف منك وأصله إيه والهاء مبدلة من الهمزة تقوله للرجل إذا استزدته من حديث أو عمل قال ذو الرمة :

وقفنا فقلنا إيه عن أم سالم   وما بال تكليم الديار البلاقع

وأما إيها فمعناه كف ولم يجيء إلا منكرا قال النابغة :

إيها فدا لك الأقوام كلهم   وما أثمر من مال ومن ولد

في الحديث ما أذن الله لشيء إذنه لنبي يتغنى بالقرآن يريد ما استمع الله لشيء والله تعالى لا يشغله سمع عن سمع يقال أذن يأذن إذنا إذا سمع ومنه قوله تعالى وأذنت لربها وحقت أي استمعت قال ابن أحمر :

أيها القلب تمتع بددن   إن همي في سماع وأذن

ومن ذلك سميت الأذن (قوله من لم يتغن بالقرآن) مفسر في الكتاب والأولى الجمع بين التفسيرين الاستغناء به والتأدب بآدابه وتحسين الصوت به وترقيقه ليتعظ به من يسمعه ويتعظ هو (قوله وأما القراءة بالألحان) الألحان واللحون واحدها اللحن وهو الغناء والتطريب وقد لحن في قراءته إذا طرب بها وغرد، وفي الحديث «اقرءوا القرآن بلحون العرب» (قوله بانت سعاد فقلبي اليوم متبول) بانت فارقت والبين الفراق والبين أيضا الوصل لقد تقطع بينكم وهو من الأضداد : متبول أي متيم فاسد يقال أتبله الحب وتبله أي أسقمه وأفسده (قوله عدلت شهادة الزور الاشراك بالله) أي ساوته وماثلته تقول عدلت فلانا بفلان إذا ساويت بينهما (قوله يتبوأ مقعده) ذكره

في ذلك الوقت كان في بلد آخر وأما إذا شهد بشيء أخطأ فيه فلم يكن شاهد زور لأنه لم يقصد الكذب وإن شهد لرجل بشيء وشهد به آخر أنه لغيره لم يكن شاهد زور لأنه ليس تكذيب أحدهما بأولى من تكذيب الآخر فلم يقدح ذلك في عدالته وإذا ثبت أنه شاهد زور ورأى الامام تعزيره بالضرب أوالحبس أوالزجر فعل وإن رأى أن يشهر أمره في سوقه ومصلاه وقبيلته وينادى عليه أنه شاهد زور فاعرفوه فعل لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذكروا الفاسق بما فيه ليحذره الناس ولأن في ذلك زجرا له ولغيره عن فعل مثله وحكى عن أبي على بن أبي هريرة أنه قال إن كان من أهل الصيانة لم يناد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهن وهذا غير صحيح لأن بشهادة الزور يخرج عن أن يكون من أهل الصيانة ؛

(فصل) ولاتقبل شهادة جار إلى نفسه نفعا ولا دافع عن نفسه ضررا لماروى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتقبل شهادة خصم ولاظنين ولاذى إحنة والظنين المتهم والجار إلى نفسه نفعا والدافع عنها ضررا متهمان فإن شهد المولى لمكاتبه بمال لم تقبل شهادته لأنه يثبت لنفسه حقا لأن مال المكاتب يتعلق به حق المولى وإن شهد الوصى لليتيم والوكيل للموكل فيما فوض النظر فيه إليه لم تقبل لأنهما يثبتان لأنفسهما حق المطالبة والتصرف وإن وكله في شيء ثم عزله لم يشهد فيما كان النظر فيه إليه فإن كان قد خاصم فيه لم تقبل شهادته وإن لم يكن قد خاصم فيه ففيه وجهان أحدهما أنه تقبل لأنه لا يلحقه تهمة والثاني أنه لا تقبل لأنه بعقد الوكالة يملك الخصومة فيه وإن شهد الغريم لمن له عليه دين وهو محجور عليه بالفلس لم تقبل شهادته لأنه يتعلق حقه بما يثبت له بشهادته وإن شهد لمن له عليه دين وهو موسر قبلت شهادته لأنه لا يتعين حقه فيما شهد به وإن شهد له وهو معسر قبل الحجر ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل لأنه يثبت له حق المطالبة والثاني أنه يقبل لأنه لايتعلق بما يشهد به له حق ؛

(فصل) وإن شهد رجلان على رجل أنه جرح أخاهما وهما وارثاه قبل الاندمال لم تقبل لأنه قد يسرى إلى نفسه فيجب الدم به لهما وإن شهدا له بمال وهو مريض ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه لاتقبل لأنهما متهمان لأنه قد يموت فيكون المال لهما فلم تقبل كما لو شهدا بالجراحة والثاني وهو قول أبي الطيب ابن سلمة أنه تقبل لأن الحق يثبت للمريض ثم ينتقل بالموت إليهما وفي الجناية إذا وجبت الدية وجبت لهما لأنها تجب بموته فلم تقبل وإن شهدا له بالجراحة وهناك ابن قبلت شهادتهما لأنهما غير متهمين وإن مات الابن وصار الأخوان وارثين نظرت فإن مات الابن بعد الحكم بشهادتهما لم تسقط الشهادة لأنه حكم بها وإن مات قبل الحكم بشهادتهما سقطت الشهادة كما لو فسقا قبل الحكم وإن شهد المولى على غريم مكاتبه والوصى على غريم الصبي أوالوكيل على غريم الموكل بالابراء من الدين أوبفسق شهود الدين لم تقبل الشهادة لأنه دفع بالشهادة عن نفسه ضررا وهو حق المطالبة وإن شهد شاهدان من عاقلة القاتل بفسق شهود القتل فإن كانا موسرين لم تقبل شهادتهما لأنهما يدفعان بهذه الشهادة عن أنفسهما ضررا وهو الدية وإن كانا فقيرين فقد قال الشافعي رضى الله عنه ردت شهادتهما وقال في موضع آخر إذا كانا من أباعد العصبات بحيث لا يصل العقل إليهما حتى يموت من قبلهما قبلت شهادتهما فمن أصحابنا من نقل جواب إحداهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما أنه تقبل لأنهما في الحال لا يحملان العقل والثاني أنه لاتقبل لأنه قد يموت القريب قبل الحول ويوسر الفقير فيصيران من العاقلة ومنهم من حملهما على ظاهرهما فقال تقبل شهادة الأباعد ولا تقبل

(قوله وإن رأى أن يشهر أمره) أي يكشفه للناس ويوضحه ؛ والشهرة وضوح الأمر يقال شهرت الأمر أشهره شهرا وشهر فاشتهر وكذلك شهرته تشهيرا (قوله أهل الصيانة) الذين يصانون عن التنكيل والتأديب بالتعزير وغيره (قوله أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم) هم أهل المروءات وقد ذكر (قوله لاتقبل شهادة خصم ولاظنين) الظنين المتهم ومنه قوله تعالى « وما هو على الغيب بظنين » أي بمتهم في قراءة من قرأ بالظاء والظنة التهمة ؛ قال ابن سيرين لم يكن على يظن في قتل عثمان أي يتهم. وأما من قرأ بالضاد فإنه أراد ببخيل (قوله ذى إحنة) يقال في صدره على إحنة أي حقد ولا تقل حنة والجمع إحن وقد أحنت عليه بالكسر ؛ قال :

إذا كان في صدر ابن عمك إحنة ... فلا تستثرها سوف يبدو دفينها

شهادة القريب الفقير لأن القريب معدود فى العاقلة واليسار يعتبر عند الحول وربما يصير موسرا عند الحول والبعيد غير معدود فى العاقلة وإنما يصير من العاقلة إذا مات الأقرب .

(فصل) ولا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا ولا شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا وقال المزنى رحمه الله وأبو ثور تقبل ووجهه قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فعم ولم يخص ولأنهم كغيرهم فى العدالة فكانوا كغيرهم فى الشهادة وهذا خطأ لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى إحنة والظنين المتهم وهذا متهم لأنه يميل إليه ميل الطبع ولأن الولد بضعة من الوالد ولهذا قال عليه السلام يا عائشة إن فاطمة بضعة منى يريبنى ما يريبها ولأن نفسه كنفسه وماله كماله ولهذا قال عليه السلام لأبى معشر الدارمى أنت ومالك لأبيك وقال صلى الله عليه وسلم إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه ولهذا يعتق عليه إذا ملكه ويستحق عليه النفقة إذا احتاج والآية نخصها بما ذكرناه والاستدلال بأنهم كغيرهم فى العدالة يبطل بنفسه فإنه كغيره فى العدالة ثم لا تقبل شهادته لنفسه وتقبل شهادة أحدهما على الآخر فى جميع الحقوق ومن أصحابنا من قال لا تقبل شهادة الولد على الوالد فى إيجاب القصاص وحد القذف لأنه لا يلزمه القصاص بقتله ولا حد القذف بقذفه فلا يلزمه ذلك بقوله والمذهب الأول لأنه إنما ردت شهادته له للتهمة ولا تهمة فى شهادته عليه ومن عدا الوالدين والأولاد من الأقارب كالأخ والعم وغيرهما تقبل شهادة بعضهم لبعض لأنه لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر فى العتق ولا ماله كماله فى النفقة وإن شهد شاهدان على رجل أنه قذف ضرة أمهما ففيه قولان قال فى القديم لا تقبل لأنهما يجران إلى أمهما نفعا لأنه يجب عليه بقذفها الحد فيحتاج أن يلاعن وتقع الفرقة بينه وبين ضرة أمهما وقال فى الجديد تقبل وهو الصحيح لأن حق أمهما لا يزيد بمفارقة الضرة وإن شهد أنه طلق ضرة أمهما ففيه قولان أحدهما أنه تقبل والثانى أنه لا تقبل وتعليلهما ما ذكرناه .

(فصل) وتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر لأن النكاح سبب لا يعتق به أحدهما على الآخر بالملك فلم يمنع من شهادة أحدهما للآخر كقرابة ابن العم ولا تقبل شهادة الزوج على الزوجة فى الزنا لأن شهادته دعوى خيانة فى حقه فلم تقبل كشهادة المودع على المودع بالخيانة فى الوديعة ولأنه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل كما لو شهد عليها أنها جنت عليه .

(فصل) ولا تقبل شهادة العدو على عدوه لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى إحنة وذو الإحنة هو العدو ولأنه متهم فى شهادته بسبب منهى عنه فلم تقبل شهادته .

(فصل) ومن جمع فى الشهادة بين أمرين فردت شهادته فى أحدهما نظرت فإن ردت للعداوة بينه وبين المشهود عليه مثل أن يشهد على رجل أنه قذفه وأجنبيا ردت شهادته فى حقه وفى حق الأجنبى لأن هذه الشهادة تضمنت الإخبار عن عداوة بينهما وشهادة العدو على عدوه لا تقبل فإن ردت شهادته فى أحدهما لتهمة غير العداوة بأن شهد على رجل أنه اقترض من أبيه ومن أجنبى مالا ردت شهادته فى حق أبيه وهل ترد فى حق الأجنبى فيه قولان أحدهما أنها ترد كما لو شهد أنه قذفه وأجنبيا والثانى أنها لا ترد لأنها ردت فى حق أبيه للتهمة ولا تهمة فى حق الأجنبى فقبلت .

(فصل) ومن ردت شهادته بمعصية فتاب قبلت شهادته لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا التوبة توبتان توبة فى الباطن وتوبة فى الظاهر فأما التوبة فى الباطن فهى ما بينه وبين الله عز وجل فينظر فى المعصية فإن لم يتعلق بها مظلمة لآدمى ولا حد لله تعالى كالاستمتاع

(قوله الطبع) هو السجية بما جبل عليه الانسان من أصل الخلقة والطبيعة مثله والجمع الطباع (قوله صلى الله عليه وسلم فاطمة بضعة منى) البضعة بفتح الباء هى القطعة من اللحم هذه وحدها بالفتح وأخواتها بالكسر كالغدة والقدرة والخرقة والكسفة (قوله يريبنى ما يريبها) أى يدخل على الشك كما أدخل عليها الشك والتهمة . يقال رابنى فلان إذا رأيت منه ما يريبك وتكرهه : والريبة الشك : قال الهروى يقال أرابنى الشىء أى شككنى وأوهمنى الريبة وإذا استيقنته قلت ما رابنى بغير همزة : وقال الفراء راب وأراب بمعنى واحد . والضرة قد ذكرت وهى إحدى الزوجتين سميت بذلك لادخال الضرر عليها .

بالأجنبية فيما دون الفرج فالتوبة منها أن يقلع عنها ويندم على ما فعل ويعزم على أن لا يعود إلى مثلها والدليل عليه قوله تعالى « والذين إذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب إلا الله ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون أولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم وجنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها ونعم أجر العاملين» وإن تعلق بها حق آدمى فالتوبة منها أن يقلع عنها ويندم على ما فعل ويعزم على أن لا يعود إلى مثلها وأن يبرأ من حق الآدمى إما أن يؤديه أو يسأله حتى يبرئه منه لما روى إبراهيم النخعى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه رأى رجلا يصلى مع النساء فضربه بالدرة فقال الرجل والله لئن كنت أحسنت فقد ظلمتنى وإن كنت أسأت فما علمتنى فقال عمر اقتص قال لا أقتص قال فاعف قال لا أعفو فافترقا على ذلك ثم لقيه عمر من الغد فتغير لون عمر فقال له الرجل يا أمير المؤمنين أرى ما كان منى قد أسرع فيك قال أجل قال فأشهد أنى قد عفوت عنك وإن لم يقدر على صاحب الحق نوى أنه إن قدر أوفاه حقه وإن تعلق بالمعصية حد لله تعالى كحد الزنا والشرب فإن لم يظهر ذلك فالأولى أن يستره على نفسه لقوله عليه السلام من أتى من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله تعالى فإن من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حد الله وإن أظهره لم يأثم لأن ماعزا والغامدية اعترفا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا فرجمهما ولم ينكر عليهما وأما التوبة فى الظاهر وهى التى تعود بها العدالة والولاية وقبول الشهادة فينظر فى المعصية فإن كانت فعلا كالزنا والسرقة لم يحكم بصحة التوبة حتى يصلح عمله مدة لقوله تعالى إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا وقدر أصحابنا المدة بسنة لأنه لا تظهر صحة التوبة فى مدة قريبة فكانت أولى المدد بالتقدير سنة لأنه تمر فيها الفصول الأربعة التى تهيج فيها الطبائع وتغير فيها الأحوال وإن كانت المعصية بالقول فإن كانت ردة فالتوبة منها أن يظهر الشهادتين وإن كانت قذفا فقد قال الشافعى رحمه الله التوبة منه إكذابه نفسه واختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله هو أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله ووجهه ما روى عن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال توبة القاذف إكذابه نفسه وقال أبو إسحاق وأبو على بن أبى هريرة هو أن يقول قذفى له كان باطلا ولا يقول إنى كنت كاذبا لجواز أن يكون صادقا فيصير بتكذيبه نفسه عاصيا كما كان بقذفه عاصيا ولا تصح التوبة منه إلا بإصلاح العمل على ما ذكرناه فى الزنا والسرقة فأما إذا شهد عليه بالزنا ولم يتم العدد فإن قلنا إنه لا يجب عليه الحد فهو على عدالته ولا يحتاج إلى التوبة وإن قلنا إنه يجب عليه الحد وجبت التوبة وهو أن يقول ندمت على ما فعلت ولا أعود إلى ما أتهم به فإذا قال هذا عادت عدالته ولا يشترط فيه إصلاح العمل لأن عمر رضى الله عنه قال لأبى بكرة تب أقبل شهادتك وإن لم يتب لم تقبل شهادته وقبل خبره لأن أبا بكرة ردت شهادته وقبلت أخباره وإن كانت معصية بشهادة زور فالتوبة منها أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله ويشترط فى صحة توبته إصلاح العمل على ما ذكرناه .

(فصل) وإن شهد صبى أو عبد أو كافر لم تقبل شهادته فإن بلغ الصبى أو أعتق العبد أو أسلم الكافر وأعاد تلك الشهادة قبلت وإن شهد فاسق فردت شهادته ثم تاب وأعاد تلك الشهادة لم تقبل وقال المزنى وأبو ثور رحمهما الله تقبل كما تقبل من الصبى إذا بلغ والعبد إذا أعتق والكافر إذا أسلم وهذا خطأ لأن هؤلاء لا عار عليهم فى رد شهادتهم فلا يلحقهم تهمة فى إعادة الشهادة بعد الكمال والفاسق عليه عار فى رد شهادته فلا يؤمن أن يظهر التوبة لإزالة العار فلا تنفك شهادته من التهمة وإن شهد المولى لمكاتبه بمال فردت شهادته ثم أدى المكاتب مال الكتابة وعتق وأعاد المولى الشهادة له بالمال فقد قال أبو العباس فيه وجهان

(قوله فالتوبة أن يقلع عنها ويندم) وقد ذكرنا التوبة وأصلها الرجوع . والإقلاع عن الأمر الكف عنه يقال أقلع فلان عما كان عليه إذا تركه فكف عنه (قوله ولم يصروا) لم يقيموا والإصرار الإقامة على الذنب أو ترك التوبة منه (قوله أجل) بمعنى نعم وقد ذكرت (قوله من أتى من هذه القاذورات شيئا) هى جمع قاذورة وهى الفعل القبيح واللفظ السيء وقذرت الشيء وتقذرته أى عفته وكرهته (قوله من أبدى لنا صفحته) الصفحة جانب العنق ومعناه من أظهر لنا أمره أى أ ربه وأقمنا عليه الحد (قوله تهيج فيه الطبائع) أى تثور يقال هاج الشيء يهيج هيجا وهيجانا أى ثار والطبائع جمع طبيعة وقد ذكر

أحدهما أنه تقبل لأن شهادته لم ترد بمعرة وإنما ردت لأنه يذب لنفسه حقا بشهادته وقد زال هذا المعنى بالعتق والثانى أنها لاتقبل وهو الصحيح لأنه ردت شهادته للتهمة فلم تقبل إذا أعادها كالفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد الشهادة وإن شهد رجل على رجل أنه قذفه وزوجته فردت شهادته ثم عفا عن قذفه وحسنت الحال بينهما ثم أعاد الشهادة للزوجة لم تقبل شهادته لأنها شهادة ردت للتهمة فلم تقبل وإن زالت التهمة كالفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد الشهادة وإن شهد لرجل أخوان له بجراحة لم تندمل وهما وارثان له فردت شهادتهما ثم اندملت الجراحة فأعاد الشهادة ففيه وجهان أحدهما أنه تقبل لأنها ردت للتهمة وقد زالت التهمة والثانى وهو قول أبى إسحاق وظاهر المذهب أنها لاتقبل لأنها شهادة ردت للتهمة فلم تقبل كالفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد.

(باب عدد الشهود)

لايقبل فى الشهادة على الزنا أقل من أربعة أنفس ذكور لقوله تعالى « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا » الآية وروى «أن سعد بن عبادة قال يارسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء قال نعم» وشهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد وقال زياد رأيت استا تنبو ونفسا يعلو ورجلان كأنهما أذنا حمار لاأدرى ماوراء ذلك فجلد عمر رضى الله عنه الثلاثة ولم يجلد المغيرة ولايقبل فى اللواط إلا أربعة لأنه كالزنا فى الحد فكان كالزنا فى الشهادة فأما إتيان البهيمة فإن قلنا إنه يجب فيه الحد فهو كالزنا فى الشهادة لأنه كالزنا فى الحد فكان كالزنا فى الشهادة وإن قلنا إنه يجب فيه التعزير ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن خيران واختيار المزنى رحمه الله أنه يثبت بشاهدين لأنه لايلحق بالزنا فى الحد فلم يلحق به فى الشهادة والثانى وهو الصحيح أنه لايثبت إلا بأربعة لأنه فرج حيوان يجب بالايلاج فيه العقوبة فاعتبر فى الشهادة عليه أربعة كالزنا ونقصانه عن الزنا فى العقوبة لايوجب نقصانه عنه فى الشهادة كزنا الأمة ينقص عن زنا الحرة فى الحد ولاينقص عنه فى الشهادة واختلف قوله فى الاقرار بالزنا فقال فى أحد القولين يثبت بشاهدين لأنه إقرار فثبت بشاهدين كالاقرار فى غيره والثانى أنه لايثبت إلا بأربعة لأنه سبب يثبت به فعل الزنا فاعتبر فيه أربعة كالشهادة على القتل وإن كان المقر أعجميا ففى الترجمة وجهان أحدهما أنه يثبت باثنين كالترجمة فى غيره والثانى أنه كالاقرار فيكون على قولين كالاقرار.

(فصل) وإن شهد ثلاثة بالزنا ففيه قولان أحدهما أنهم قذفوه ويحدون وهو أشهر القولين لأن عمر رضى الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة وروى ابن الوصى أن ثلاثة شهدوا على رجل بالزنا وقال الرابع رأيتهما فى ثوب واحد فإن كان هذا زنا فهو ذلك فجلد على بن أبى طالب رضى الله عنه الثلاثة وعزر الرجل والمرأة ولأنا لو لم نوجب الحد جعل القذف بلفظ الشهادة طريقا إلى القذف والقول الثانى أنهم لايحدون لأن الشهادة على الزنا أمر جائز فلايوجب الحد كسائر الجائزات ولأن إيجاب الحد عليهم يؤدى إلى أن لايشهد أحد بالزنا خوفا من أن يقف الرابع عن الشهادة فيحدون فتبطل الشهادة على الزنا وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وأحدهم الزوج ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحاق وظاهر النص أنه يحد الزوج قولا واحدا لأنه لاتجوز شهادته عليها بالزنا فجعل قاذفا وفى الثلاثة قولان والثانى وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن الزوج

(قوله لم ترد بمعرة) أى عيب وعاره لحقه. والمعرة أيضا الإثم ، قال الله تعالى «فتصيبكم منهم معرة» أى إثم.

(ومن باب عدد الشهود)

(قوله رأيت استا) الاست العجز وقد يراد به حلقة الدبر. وأصلها سته على وزن فعل بالتحريك يدل على ذلك أن جمعه أستاه مثل جمل وأجمال : ولايجوز أن يكون مثل جذع وقفل اللذين يجمعان أيضا على أفعال لأنك إذا ردت الهاء التى هى لام الفعل وحذفت العين قلت سه بالفتح قال الشاعر:

شأتك قعين غثها وسمينها ... وأنت السه السفلى إذا ذكرت نصر

تقول أنت فيهم بمنزلة الاست من الناس (قوله تنبو) أى ترتفع أراد ههنا العجز دون حلقة الدبر

كالثلاثة لأنه أتى بلفظ الشهادة فيكون على القولين

(فصل) فإن شهد أربعة على رجل بالزنا فرد الحاكم شهادة أحدهم فإن كان بسبب ظاهر بأن كان عبداً أو كافراً أو متظاهراً بالفسق كان كما لو لم يتم العدد لأن وجوده كعدمه وإن كان بسبب خفي كالفسق الباطن ففيه وجهان أحدهما أن حكمه حكم ما لو نقص بالعدد لأن عدم العدالة كعدم العدد والثاني أنهم لا يحدون قولا واحداً لأنه إذا كان الرد بسبب في الباطن لم يكن من جهتهم تفريط في الشهادة لأنهم معذورون فلم يحدوا وإذا كان بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب عليهم الحد وإن شهد أربعة بالزنا ورجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف لأنه اعترف بالقذف ومن أصحابنا من قال في حده قولان لأنه أضاف الزنا إليه بلفظ الشهادة وليس بشيء وأما الثلاثة فالمنصوص أنه لا حد عليهم قولا واحداً لأنه ليس من جهتهم تفريط لأنهم شهدوا والعدد تام ورجوع من رجع لا يمكنهم الاحتراز منه ومن أصحابنا من قال في حدهم قولان وهو ضعيف فإن رجعوا كلهم قالوا تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد ومن أصحابنا ومن قال فيه قولان وليس بشيء وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وشهد أربع نسوة أنها بكر لم يجب عليها الحد لأنه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تزل ويحتمل أن تكون عائدة لأن البكارة تعود إذا لم يبالغ في الجماع فلا يجب الحد مع الاحتمال ولا يجب الحد على الشهود لأنا إذا درأنا الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية وهم كاذبون وجب أن ندرأ الحد عنهم لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون .

(فصل) ويثبت المال وما يقصد به كالبيع والاجارة والهبة والوصية والرهن والضمان بشاهد وامرأتين لقوله تعالى «واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان» فنص على ذلك في السلم وقسنا عليه المال وكل ما يقصد به المال .

(فصل) وما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والوكالة والوصية إليه وقتل العمد والحدود سوى حد الزنا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين لقوله عز وجل في الرجعة وأشهدوا ذوي عدل منكم والماروى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وعن الزهري أنه قال جرت السنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود فدل النص على الرجعة والنكاح والحدود وقسنا عليها كل مالا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال وإن اتفق الزوجان على النكاح واختلفا في الصداق ثبت الصداق بالشاهد والمرأتين لأنه إثبات مال وإن ادعت المرأة الخلع وأنكر الزوج لم يثبت إلا بشهادة رجلين وإن ادعى الزوج الخلع وأنكرت المرأة ثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن بينة المرأة لاثبات الطلاق وبينة الرجل لاثبات المال وإن شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت المال دون القطع وإن شهد رجل وامرأتان بقتل العمد لم يثبت القصاص ولا الدية والفرق بين القتل والسرقة أن قتل العمد في أحد القولين يوجب القصاص والدية بدل عنه تجب بالعفو عن القصاص وإذا لم يثبت القصاص لم يثبت بدله وفي القول الثاني يوجب أحد البدلين لا بعينه وإنما يتعين بالاختيار فلو أوجبنا الدية دون القصاص أوجبنا معينا وهذا خلاف موجب القتل وليس كذلك السرقة فإنها توجب القطع والمال على سبيل الجمع وليس أحدهما بدلا عن الآخر فجاز أن يوجب أحدهما دون الآخر .

(فصل) ولا يقبل في موضحة العمد إلا شاهدان ذكران لأنها جناية توجب القصاص وفي الهاشمة والمنقلة قولان أحدهما أنه لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين لأنها جناية تتضمن القصاص والثاني أنها تثبت بالشاهد والمرأتين لأن الهاشمة والمنقلة لا قصاص فيهما وإنما القصاص في ضمنهما فثبت بالشاهد والمرأتين فعلى هذا يجب أرش الهاشمة والمنقلة ولا يثبت القصاص في الموضحة وإن اختلف السيد والمكاتب في قدر المال أو صفته أو أدائه قضي فيه بالشاهد والمرأتين لأن الشهادة على المال وإن أفضى إلى العتق الذي لا يثبت بشهادة الرجل والمرأتين كما تثبت الولادة بشهادة النساء وإن أفضى إلى النسب الذي لا يثبت بشهادتهن .

(فصل) وإن كان في يد رجل جارية لها ولد فادعى رجل أنها أم ولده وولدها منه وأقام على ذلك شاهداً وامرأتين قضى له

(قوله وإنما القصاص في ضمنهما) أي فيما يشتملان عليه من قولهم فهمت ماتضمنه كتابك أي ما اشتمل عليه وكان في ضمنه

بالجارية لأنها مملوكة تقضى فيها بشاهد وامرأتين وإذا مات عتقت بإقراره وهل يثبت نسب الولد وحريته فيه قولان أحدهما أنه لا يثبت لأن النسب والحرية لا تثبت بشاهد وامرأتين فيكون الولد باقيا على ملك المدعى عليه والقول الثانى أنه يثبت لأن الولد نماء الجارية وقد حكم له بالجارية فحكم له بالولد فعلى هذا يحكم بنسب الولد وحريته لأنه أقر بذلك وإن ادعى رجل أن العبد الذى فى يد فلان كان له وأنه أعتقه وشهد له شاهد وامرأتان فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان أحدهما أنه لا يحكم بهذه البينة لأنها تشهد له بملك متقدم فلم يحكم بها كما لو ادعى على رجل عبدا وشهد له شاهد وامرأتان أنه كان له والثانى أنه يحكم بها لأنه ادعى ملكا متقدما وشهدت له البينة بما ادعاه ومن أصحابنا من قال يحكم بها قولا واحدا والفرق بينه وبين المسئلة قبلها أن هناك لا يدعى ملك الولد وهو يقر أنه حر الأصل فلم يحكم ببينته فى أحد القولين وههنا ادعى ملك العبد وأنه أعتقه فحكم ببينته *

(فصل) ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة والرضاع والعيوب التى تحت الثياب شهادة النساء منفردات لأن الرجال لا يطلعون عليها فى العادة فلو لم تقبل فيها شهادة النساء منفردات بطلت عند التجاحد ولا يثبت شيء من ذلك إلا بعدد لأنها شهادة فاعتبر فيها العدد ولا يقبل أقل من أربع نسوة لأن أقل الشهادات رجلان وشهادة امرأتين بشهادة رجل والدليل عليه قوله تعالى فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فأقام المرأتين مقام الرجل وروى عبد الله بن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب على ذى لب منكن قالت امرأة يارسول الله ما ناقصات العقل والدين قال أما نقصان العقل فشهادة امرأتين كشهادة رجل فهذا نقصان العقل وأما نقصان الدين فإن إحداكن تمكث الليالى لا تصلى وتفطر فى شهر رمضان فهذا من نقصان الدين فقبل فيها شهادة الرجلين وشهادة الرجل والمرأتين لأنه إذا أجيز شهادة النساء منفردات لتعذر الرجال فلأن تقبل شهادة الرجال والرجال والنساء أولى وتقبل فى الرضاع شهادة المرضعة لما روى عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت قد أرضعتكما فجاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما فنهاه عنها ولأنها لا تجر بهذه الشهادة نفعا إلى نفسها ولا تدفع عنها ضررا ولا تقبل شهادة المرأة على ولادتها لأنها تثبت لنفسها بذلك حقا وهو النفقة وتقبل شهادة النساء منفردات على استهلال الولد وإنه بقى متألما إلى أن مات وقال الربيع رحمه الله فيه قول آخر أنه لا يقبل إلا شهادة رجلين والصحيح هو الأول لأن الغالب أنه لا يحضرها الرجال *

(فصل) وما يثبت بالشاهد والمرأتين يثبت بالشاهد واليمين لما روى عمرو بن دينار عن ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد قال عمرو ذلك فى الأموال واختلف أصحابنا فى الوقف فقال أبو إسحاق وعامة أصحابنا يبنى على القولين فإن قلنا إن الملك للموقوف عليه قضى فيه بالشاهد واليمين لأنه نقل ملك فقضى فيه بالشاهد واليمين كالبيع وإن قلنا إنه ينتقل إلى الله عز وجل لم يقض فيه بالشاهد واليمين لأنه إزالة ملك إلى غير الآدمى فلم يقض فيه بالشاهد واليمين كالعتق وقال أبو العباس رحمه الله يقضى فيه بالشاهد واليمين على القولين جميعا لأن القصد بالوقف تمليك المنفعة فقضى فيه بالشاهد واليمين كالإجارة *

(باب تحمل الشهادة وأدائها)

لا يجوز تحمل الشهادة وأداؤها إلا عن علم والدليل عليه قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسئولا وقوله تعالى إلا من شهد بالحق وهم يعلمون فأمر الله تعالى أن يشهد عن علم وقوله عز وجل ستكتب شهادتهم ويسألون وهذا الوعيد يوجب التحفظ فى الشهادة وأن لا يشهد إلا عن علم وروى طاوس عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس؟ قال نعم قال فعلى مثلها فاشهد أودع وإن كانت الشهادة على فعل كالجناية والغصب والزنا والسرقة والرضاع والولادة وغيرها مما يدرك بالعين لم تجز الشهادة به إلا عن مشاهدة لأنها

وأنفذته ضمن كتابى أى فى طيه (قوله أغلب على ذى لب منكن) اللب العقل والجمع الألباب قال تعالى «إن فى ذلك لذكرى لأولى الألباب» أى لذوى العقول (قوله ولا تقف ما ليس لك به علم) أى لا تتبعه فتقول فيه بغير علم، يقال قفوته أقفوه وقفته

لأنعلم إلابها وإن كانت الشهادة على عورة ووقع بصره عليها من غير قصد جاز أن يشهد بما شاهد وإن أراد أن يقصد النظر ليشهد فالمنصوص أنه يجوز وهو قول أبي إسحاق المروزي لأن أبابكرة ونافعا وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر رضي الله عنه فلم ينكر عمر ولا غيره نظرهم وقال أبو سعيد الاصطخري لا يجوز أن يقصد النظر لأنه في الزنا مندوب إلى الستر وفي الولادة والرضاع تقبل شهادة النساء فلا حاجة بالرجال إلى النظر للشهادة ومن أصحابنا من قال يجوز في الزنا دون غيره لأن الزاني هتك حرمة الله تعالى بالزنا فجاز أن تهتك حرمته بالنظر إلى عورته وفي غير الزنا لم يوجد من المشهود عليه هتك حرمة فلم يجز هتك حرمته ، ومنهم من قال يجوز في غير الزنا ولا يجوز في الزنا لأن حد الزنا يبنى على الدرء والاسقاط فلا يجوز أن يتوصل إلى إثباته بالنظر وغيره لم يبن على الدرء والاسقاط فجاز أن يتوصل إلى إثباته بالنظر .

(فصل) وإن كانت الشهادة على قول كالبيع والنكاح والطلاق والاقرار لم يجز التحمل فيها إلا بسماع القول ومشاهدة القائل لأنه لا يحصل العلم بذلك إلا بالسماع والمشاهدة وإن كانت الشهادة على مالا يعلم إلا بالخبر وهو ثلاثة النسب والملك والموت جاز أن يشهد فيه بالاستفاضة فان استفاض في الناس أن فلانا ابن فلان أو أن فلانا هاشمي أو أموي جاز أن يشهد به لأن سبب النسب لا يدرك بالمشاهدة وإن استفاض في الناس أن هذه الدار وهذا العبد لفلان جاز أن يشهد به لأن أسباب الملك لا تضبط فجاز أن يشهد فيه بالاستفاضة وإن استفاض أن فلانا مات جاز أن يشهد به لأن أسباب الموت كثيرة منها خفية ومنها ظاهرة ويتعذر الوقوف عليها وفي عدد الاستفاضة وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله أن أقله أن يسمع من اثنين عدلين لأن ذلك بينة والثاني وهو قول أقضى القضاة أبي الحسن الماوردي رحمه الله أنه لا يثبت إلا بعدد يقع العلم بخبرهم لأن مادون ذلك من أخبار الآحاد فلا يقع العلم من جهتهم فإن سمع إنسانا يقر بنسب أب أو ابن فإن صدقه المقر له جاز له أن يشهد به لأنه شهادة على إقرار وإن كذبه لم يجز أن يشهد به لأنه لم يثبت النسب وإن سكت فله أن يشهد به لأن السكوت في النسب رضى بدليل أنه إذا بشر بولد فسكت عن نفيه لحقه نسبه ومن أصحابنا من قال لا يشهد حتى يتكرر الاقرار به مع السكوت وإن رأى شيئا في يد إنسان مدة يسيرة جاز أن يشهد له باليد ولا يشهد له بالملك وإن رآه في يده مدة طويلة يتصرف فيه جاز أن يشهد له باليد وهل يجوز أن يشهد له بالملك فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري رحمه الله أنه يجوز لأن اليد والتصرف يدلان على الملك والثاني وهو قول أبي إسحاق رحمه الله أنه لا يجوز أن يشهد له بالملك لأنه قد تكون اليد والتصرف عن ملك وقد تكون عن إجارة أو وكالة أو غصب فلا يجوز أن يشهد له بالملك مع الاحتمال واختلف أصحابنا في النكاح والعتق والوقف والولاء فقال أبو سعيد الاصطخري رحمه الله يجوز أن يشهد فيها بالاستفاضة لأنه يعرف بالاستفاضة أن عائشة رضي الله عنها زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وأن نافعا مولى ابن عمر رضي الله عنه كما يعرف أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو إسحاق رحمه الله لا يجوز لأنه عقد فلا يجوز أن يشهد فيه بالاستفاضة كالبيع .

(فصل) ويجوز أن يكون الأعمى شاهدا فيما يثبت بالاستفاضة لأن طريق العلم به السماع والأعمى كالبصير في السماع ويجوز أن يكون شاهدا في الترجمة لأنه يفسر ماسمعه بحضرة الحاكم وسماعه كسماع البصير ولا يجوز أن يكون شاهدا على الأفعال كالقتل والغصب والزنا لأن طريق العلم بها البصر ولا يجوز أن يكون شاهدا على الأقوال كالبيع والاقرار والنكاح والطلاق إذا كان المشهود عليه خارجا عن يده وحكى عن المزني رحمه الله أنه قال يجوز أن يكون شاهدا فيها إذا عرف الصوت ووجهه أنه إذا جاز أن يروى الحديث إذا عرف المحدث بالصوت ويستمتع بالزوجة إذا عرفها بالصوت جاز أن يشهد إذا عرف المشهود عليه بالصوت وهذا خطأ لأن من شرط الشهادة العلم وبالصوت لا يحصل له العلم بالمتكلم لأن الصوت يشبه الصوت ويخالف رواية الحديث والاستمتاع بالزوجة لأن ذلك يجوز بالظن وهو خبر الواحد وأما إذا جاء رجل وترك فمه على أذنه وطلق أو أعتق أو أقر ويد الأعمى على رأس الرجل فضبطه إلى أن حضر عند الحاكم فشهد عليه بما سمعه منه قبلت

أقوفه إذا اتبعت أثره ومنه سميت القافة لتتبعهم الآثار . وأصله من القفا (قوله لأن الزاني هتك حرمة الله) هتك خرق وأصله خرق الستر وقد ذكره : والحرمة مايحرم انتهاكه (قوله بالاستفاضة) هي مأخوذة من فاض يفيض إذا شاع : وهو حديث مستفيض أي منتشر في الناس (قوله أخبار الآحاد) الآحاد ما نحط عن حد التواتر والتواتر غير محصور على الصحيح من الأقوال (قوله فضبطه إلى أن حضر عند الحاكم) أي أمسكه : وضبط الشيء إذا حفظه بالحزم

شهادته لأنه شهد عن علم وإن تحمل الشهادة على فعل أو قول وهو يبصر ثم عمي نظرت فإن كان لا يعرف المشهود عليه إلا بالعين وهو خارج عن يده لم تقبل شهادته عليه لأنه لا علم له بمن يشهد عليه، وإن تحمل الشهادة ويده في يده وهو بصير ثم عمي ولم تفارق يده يده حتى حضر إلى الحاكم وشهد عليه قبلت شهادته لأنه يشهد عليه عن علم وإن تحمل الشهادة على رجل يعرفه بالاسم والنسب وهو بصير ثم عمي قبلت شهادته لأنه يشهد على من يعلمه .

(فصل) ومن شهد بالنكاح ذكر شروطه لأن الناس يختلفون في شروطه فوجب ذكرها في الشهادة وإن رهن رجل عبداً عند رجل بألف ثم زاده ألفا آخر وجعل العين رهنا بهما وأشهد الشهود على نفسه أن العين رهن بألفين وعلم الشهود حال الرهن في الباطن فإن كانوا يعتقدون أنه لا يجوز إلحاق الزيادة بالدين في الرهن لم يجز أن يشهدوا إلا بما جرى الأمر عليه في الباطن وإن كانوا يعتقدون أنه يجوز إلحاق الزيادة بالدين في الرهن ففيه وجهان أحدهما يجوز أن يشهدوا بأن العين رهن بألفين لأنهم يعتقدون أنهم صادقون في ذلك والثاني أنه لا يجوز أن يشهدوا إلا بذكر ما جرى الأمر عليه في الباطن لأن الاعتبار في الحكم باجتهاد الحاكم دون الشهود .

(فصل) ومن شهد بالرضاع وصف الرضاع وأنه ارتضع الصبي من ثديها أو من لبن حلب منها خمس رضعات متفرقات في حولين لاختلاف الناس في شروط الرضاع فإن شهد أنه ابنها من الرضاع لم تقبل لأن الناس يختلفون فيما يصير به ابنا من الرضاع وإن رأى امرأة أخذت صبيا تحت ثيابها وأرضعته لم يجز أن يشهد بالرضاع لأنه يجوز أن يكون قد أعدت شيئا فيه لبن من غيرها على هيئة الثدي فرأى الصبي يمص فظنه ثديا .

(فصل) ومن شهد بالجناية ذكر صفتها فإن قال ضربه بالسيف فمات أو قال ضربه بالسيف فوجدته ميتا لم يثبت القتل بشهادته لجواز أن يكون مات من غير ضربه وإن قال ضربه بالسيف فمات منه أو ضربه فقتله ثبت القتل بشهادته وإن قال ضربه بالسيف فأنهر دمه فمات مكانه ثبت القتل بشهادته على المنصوص لأنه إذا أنهر دمه فمات علم أنه مات من ضربه فإن قال ضربه فاتضح أو قال ضربه بالسيف فوجدته موضحا لم تثبت الموضحة بشهادته لما ذكرناه في النفس وإن قال ضربه فأوضحه ثبتت الموضحة بشهادته لأنه أضاف الموضحة إليه وإن قال ضربه فسال دمه لم تثبت الدامية بالشهادة لجواز أن يكون سيلان الدم من غير الضرب وإن قال ضربه فأسال دمه ومات قبلت شهادته في الدامية لأنه أضافها إليه ولا تقبل في الموت لأنه يحتمل أن يكون الموت من غيره وإن قال ضربه بالسيف فأوضحه فوجدت في رأسه موضحتين لم يجب القصاص لأنا لا نعلم على أي الموضحتين شهد ويجب أرش موضحة لأن الجهل بعينها ليس بجهل لأنه قد أوضحه .

(فصل) ومن شهد بالزنا ذكر الزاني ومن زنى به لأنه قد يراه على بهيمة فيعتقد أن ذلك زنا والحاكم لا يعتقد أن ذلك زنا أو يراه على زوجته أو جارية ابنه فيظن أنه زنى ويذكر صفة الزنا فإن لم يذكر أنه أولج أو رأى ذكره في فرجها لم يحكم به لأن زيادا لما شهد على المغيرة عند عمر رضي الله عنه ولم يذكر ذلك لم يقم الحد على المغيرة فإن لم يذكر الشهود ذلك سألهم الإمام عنه فإن شهد ثلاثة بالزنا ووصفوا الزنا وشهد الرابع ولم يذكر الزنا لم يجب الحد على المشهود عليه لأن البينة لم تكمل ولم يحد الرابع عليه لأنه لم يشهد بالزنا وهل يجب الحد على الثلاثة فيه قولان وإن شهد أربعة بالزنا وفسر ثلاثة منهم الزنا وفسر الرابع بما ليس بزنا لم يحد المشهود عليه لأنه لم تكمل البينة ويجب الحد على الرابع قولا واحدا لأنه قذفه بالزنا ثم ذكر ما ليس بزنا وهل يحد الثلاثة على القولين فإن شهد أربعة بالزنا ومات واحد منهم قبل أن يفسر وفسر الباقون بالزنا لم يجب الحد على المشهود عليه لجواز أن يكون ما شهد به الرابع ليس بزنا ولا يجب على الشهود الباقين الحد لجواز أن يكون ما شهد به الرابع زنا فلا يجب الحد مع الاحتمال .

(فصل) ومن شهد بالسرقة ذكر السارق والمسروق منه والحرز والنصاب وصفة السرقة لأن الحكم يختلف باختلافها فوجب ذكرها ومن شهد بالردة بين ما سمع منه لاختلاف الناس فيما يصير به مرتدا فلم يجز الحكم قبل البيان كما لا يحكم بالشهادة على جرح الشهود قبل بيان الجرح وهل يجوز للحاكم أن يعرض للشهود بالتوقف في الشهادة في حدود الله تعالى فيه وجهان

(قوله أنهر دمه) أي أساله . وكل شيء جرى فقد نهر (قوله أن يعرض) التعريض التورية بالشيء عن الشيء وقد ذكر

أحدهما أنه لايجوز لأن فيه قدحا فى الشهود والثانى أنه يجوز لأن عمر رضى الله عنه عرض لزياد فى شهادته على المغيرة فروى أنه قال أرجو أن لايفضح الله تعالى على يديك أحدا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه يجوز أن يعرض للمقر بالتوقف فجاز أن يعرض للشاهد .

(باب الشهادة على الشهادة)

وتجوز الشهادة على الشهادة فى حقوق الآدميين وفيما لايسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى لأن الحاجة تدعو إلى ذلك عند تعذر شهادة الأصل بالموت والمرض والغيبة وفى حدود الله تعالى وهو حد الزنا وحد السرقة وقطع الطريق وشرب الخمر قولان أحدهما أنه يجوز لأنه حق يثبت بالشهادة فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الآدميين والثانى أنه لايجوز لأن الشهادة على الشهادة تراد لتأكيد الوثيقة ليتوصل بها إلى إثبات الحق وحدود الله تعالى مبنية على الدرء والاسقاط فلم يجز تأكيدها وتوثيقها بالشهادة على الشهادة ومايثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب القاضى إلى القاضى وما لايثبت بالشهادة على الشهادة لايثبت بكتاب القاضى إلى القاضى لأن الكتاب لايثبت إلا بتحمل الشهادة من جهة القاضى الكاتب فكان حكمه حكم الشهادة على الشهادة :

(فصل) ولا يجوز الحكم بالشهادة على الشهادة إلا عند تعذر حضور شهود الأصل بالموت أو المرض أو الغيبة لأن شهادة الأصل أقوى لأنها تثبت نفس الحق والشهادة على الشهادة لاتثبت نفس الحق فلم تقبل مع القدرة على شهود الأصل والغيبة التى يجوز بها الحكم بالشهادة على الشهادة أن يكون شاهد الأصل من موضع الحكم على مسافة إذا حضر لم يقدر أن يرجع بالليل إلى منزله فإنه تلحقه المشقة فى ذلك وأما إذا كان فى موضع إذا حضر أمكنه أن يرجع إلى بيته بالليل لم يجز الحكم بشهادة شهود الفرع لأنه يقدر على شهادة شهود الأصل من غير مشقة :

(فصل) ولايقبل فى الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى إلى القاضى شهادة النساء لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو مما يطلع عليه الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء كالنكاح :

(فصل) ولايقبل إلا من عدد لأنه شهادة فاعتبر فيها العدد كسائر الشهادات وإن كان شهود الأصل اثنين فشهد على أحدهما شاهدان وعلى الآخر شاهدان جاز لأنه يثبت قول كل واحد منهما بشاهدين وإن شهد واحد على شهادة أحدهما وشهد الآخر على شهادة الثانى لم يجز لأنه إثبات قول بشهادة واحد فإن شهد اثنان على شهادة أحدهما ثم شهدا على شهادة الآخر ففيه قولان أحدهما أنه يجوز لأنه إثبات قول اثنين فجاز بشاهدين كالشهادة على إقرار نفسين والثانى أنه لايجوز وهو اختيار المزنى رحمه الله تعالى لأنهما قاما فى التحمل مقام شاهد واحد فى حق واحد فإذا شهدا فيه على الشاهد الآخر صارا كالشاهد إذا شهد بالحق مرتين وإذا كان شهود الأصل رجلا وامرأتين قبل فى أحد القولين شهادة اثنين على شهادة كل واحد منهم ولا يقبل فى الآخر إلا ستة يشهد كل اثنين على شهادة واحد منهم وإن كان شهود الأصل أربع نسوة وهو فى الولادة والرضاع قبل فى أحد القولين شهادة رجلين على كل واحدة منهن ولايقبل فى الآخر إلا شهادة ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة واحدة منهن وإن كان شهود الأصل أربعة من الرجال وهو فى الزنا وقلنا إنه تقبل الشهادة على الشهادة فى الحدود فإن قلنا يقبل شاهدان على شاهدى الأصل فى غير الزنا ففى حد الزنا قولان أحدهما أنه يكفى شاهدان فى إثبات شهادة الأربعة كما يكفى شاهدان فى إثبات شهادة اثنين والثانى أنه يحتاج إلى أربعة لأن فيما يثبت باثنين تحتاج شهادة كل واحد منهما إلى العدد الذى يثبت به أصل الحق وهو اثنان وأصل الحق ههنا لايثبت إلا بأربعة فلم تثبت شهادتهم إلا بأربعة فإن قلنا إنه لايقبل فيما يثبت بشاهدين إلا أربعة ففى حد الزنا قولان أحدهما أنه يحتاج إلى ثمانية ليثبت بشهادة كل شاهدين شهادة واحد والثانى أنه يحتاج إلى ستة عشر لأن مايثبت بشاهدين لايثبت كل شاهد إلا بمايثبت به أصل الحق وأصل الحق لايثبت إلا بأربعة فلا تثبت شهادة كل واحد منهم إلا بأربعة فيصير الجميع ستة عشر :

(فصل) ولاتقبل الشهادة على الشهادة حتى يسمى شاهد الفرع شاهد الأصل بما يعرف به لأن عدالته شرط فإذا لم تعرف لم تعلم عدالته فإن سماهم شهود الفرع وعدلوهم حكم بشهادتهم لأنهم غير متهمين فى تعديلهم وإن قالوا نشهد على شهادة عدلين ولم يسموا لم يحكم بشهادتهم لأنه يجوز أن يكونوا عدولا عندهم غير عدول عند الحاكم :

(فصل) ولا يصح تحمل الشهادة على الشهادة إلا من ثلاثة أوجه أحدها أن يسمع رجلا يقول أشهد أن لفلان على فلان كذا مضافا إلى سبب يوجب المال من ثمن مبيع أو مهر لأنه لا يحتمل مع ذكر السبب إلا الوجوب والثانى أن يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق لأنه لا يشهد عند الحاكم إلا بما يلزم الحكم به والثالث أن يسترعيه رجل بأن يقول أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهدوا على شهادتى بذلك لأنه لا يسترعيه إلا على واجب لأن الاسترعاء وثيقة والوثيقة لا تكون إلا على واجب وأما إذا سمع رجلا فى دكانه أو طريقه يقول أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم ولم يقل فاشهد على شهادتى لم يحكم به لأنه يحتمل أنه أراد أن له عليه ألفا من وعد وعده بها فلم يجز تحمل الشهادة عليه مع الاحتمال، وإن سمع رجلا يقول لفلان على ألف درهم فهل يجوز أن يشهد عليه بذلك فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى إسحاق أنه لا يجوز أن يشهد عليه كما لا يجوز أن يتحمل الشهادة عليه والثانى وهو المنصوص أنه يجوز أن يشهد عليه والفرق بينه وبين التحمل أن المقر يوجب الحق على نفسه فجاز من غير استرعاء والشاهد يوجب الحق على غيره فاعتبر فيه الاسترعاء ولأن الشهادة آكد لأنه يعتبر فيها العدالة ولا يعتبر ذلك فى الاقرار :

(فصل) وإذا أراد شاهد الفرع أن يؤدى الشهادة أداها على الصفة التى تحملها فإن سمعه يشهد بحق مضاف إلى سبب يوجب الحق ذكره وإن سمعه يشهد عند الحاكم ذكره وإن أشهده شاهد الأصل على شهادته أو استرعاه قال أشهد أن فلانا يشهد أن لفلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته :

(فصل) وإن رجع شهود الأصل قبل الحكم بشهادة الفرع بطلت شهادة الفرع لأنه بطل الأصل فبطل الفرع وإن شهد شهود الفرع ثم حضر شهود الأصل قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم لأنه قدر على الأصل فلا يجوز الحكم بالبدل والله أعلم :

(باب اختلاف الشهود فى الشهادة)

إذا ادعى رجل على رجل ألفين وشهد له شاهد أنه أقر له بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين ثبت له ألف بشهادتهما لأنهما اتفقا على إثباتها وله أن يحلف مع شاهد الألفين ويثبت له الألف الأخرى لأنه شهد له بها شاهد وإن ادعى ألفا فشهد له شاهد بألف وشهد آخر بألفين ففيه وجهان أحدهما أنه يحلف مع الذى شهد له بالألف ويقضى له وتسقط شهادة من شهد له بالألفين لأنه صار مكذبا له فسقطت شهادته له فى الجميع والثانى أنه يثبت له الألف بشهادتهما ويحلف ويستحق الألف الأخرى ولا يصير مكذبا بالشهادة لأنه يجوز أن يكون له حق ويدعى بعضه ويجوز أنه لم يعلم أن له من يشهد له بالألفين :

(فصل) وإن شهد شاهد على رجل أنه زنى بامرأة فى زاوية من بيت وشهد آخر أنه زنى بها فى زاوية ثانية وشهد آخر أنه زنى بها فى زاوية ثالثة وشهد آخر أنه زنى بها فى زاوية رابعة لم يجب الحد على المشهود عليه لأنه لم تكمل البينة على فعل واحد وهل يجب حد القذف على الشهود على القولين وإن شهد اثنان أنه زنى بها وهى مطاوعة وشهد اثنان أنه زنى بها وهى مكرهة لم يجب الحد عليها لأنه لم تكمل بينة الحد فى زناها وأما الرجل فالمذهب أنه لا يجب عليه الحد وخرج أبو العباس وجها آخر أنه يجب عليه الحد لأنهم اتفقوا على أنه زنى وهذا خطأ لأن زناه بها وهى مطاوعة غير زناه بها وهى مكرهة فصار كما لو شهد

(قوله الفرع) مأخوذ من فروع الشجرة وهى أغصانها التى تنمى عن الأصول : وفروع كل شىء أعلاه أيضا (قوله أن يسترعيه) الاسترعاء فى الشهادات مأخوذ من قولهم أرعيته سمعى أى أصغيت إليه ، ومنه قوله راعنا قال الأخفش معناه أرعنا سمعك

(ومن باب اختلاف الشهود فى الشهادة)

(قوله فى زاوية) الزاوية واحدة الزوايا . وأصله فاعلة من زويت الشىء أى قبضته وجمعته ، كأنها تقبض وتجمع ما فيها : وفى الحديث «زويت لى الأرض» :

الثانى أنه زنى بها فى زاوية وشهد آخران أنه زنى بها فى زاوية أخرى .

(فصل) وإن شهد شاهد أنه قذف رجلا بالعربية وشهد آخر أنه قذفه بالعجمية أو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس وشهد آخر أنه قذفه يوم الجمعة لم يجب الحد لأنه لم تكمل البينة على قذف واحد وإن شهد أحدهما أنه أقر بالعربية أنه قذفه وشهد آخر أنه أقر بالعجمية أنه قذفه أو شهد أحدهما أنه أقر بالقذف يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر بالقذف يوم الجمعة وجب الحد لأن المقر به واحد وإن اختلفت العبارة فيه .

(فصل) وإن شهد شاهد أنه سرق من رجل كبشا أبيض غدوة وشهد آخر أنه سرق ذلك الكبش بعينه عشية لم يجب الحد لأنه لم تكمل بينة الحد على سرقة واحدة وللمسروق منه أن يحلف ويقضى له بالغرم لأن الغرم يثبت بشاهد ويمين فان شهد شاهدان أنه سرق كبشا أبيض غدوة وشهد آخران أنه سرق منه ذلك الكبش بعينه عشية تعارضت البينتان ولم يحكم بواحدة منهما وتخالف المسألة قبلها فإن كل واحد من الشاهدين ليس ببينة والتعارض لا يكون فى غير بينة وههنا كل واحد منهما بينة فتعارضتا وسقطتا وإن شهد شاهد أنه سرق منه كبشا غدوة وشهد آخر أنه سرق منه كبشا عشية ولم يعينا الكبش لم يجب الحد لأنه لم تكمل بينة الحد وله أن يحلف مع أيهما شاء ويحكم له فان ادعى الكبشين حلف مع كل واحد منهما يمينا وحكم له بهما لأنه لا تعارض بينهما وإن شهد شاهدان أنه سرق كبشا غدوة وشهد آخران أنه سرق منه كبشا عشية وجب القطع والغرم فيهما لأنه كملت بينة الحد والغرم وإن شهد شاهد أنه سرق ثوبا وقيمته ثمن دينار وشهد آخر أنه سرق ذلك الثوب وقيمته ربع دينار لم يجب القطع لأنه لم تكمل بينة الحد ووجب له الثمن لأنه اتفق عليه الشاهدان وله أن يحلف على الثمن الآخر ويحكم له لأنه انفرد به شاهد فقضى به مع اليمين وإن أتلف عليه ثوبا فشهد شاهدان أن قيمته عشرة وشهد آخران أن قيمته عشرون قضى بالعشرة لأن البينتين اتفقتا على العشرة وتعارضتا فى الزيادة لأن إحداهما تثبتها والأخرى تنفيها فسقطت .

(فصل) وإن شهد شاهدان على رجلين أنهما قتلا فلانا وشهد المشهود عليهما على الشاهدين أنهما قتلاه فإن صدق الولى الأولين حكم بشهادتهما ويقتل الآخران لأن الأولين غير متهمين فيما شهدا به والآخران متهمان لأنهما يدفعان عن أنفسهما القتل وإن كذب الولى الأولين وصدق الآخرين بطلت شهادة الجميع لأن الأولين كذبهما الولى والآخران يدفعان عن أنفسهما القتل .

(فصل) وإن ادعى رجل على رجل أنه قتل مورثه عمدا وقال المدعى عليه قتلته خطأ فأقام المدعى شاهدين فشهد أحدهما أنه أقر بقتله عمدا وشهد الآخر على إقراره بالقتل خطأ فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لأن صفة القتل لا تثبت بشاهد واحد فإذا حلف ثبتت دية الخطأ فإن نكل حلف المدعى أنه قتله عمدا ويجب القصاص أو دية مغلظة .

(فصل) وإن قتل رجل عمدا وله وارثان ابنان أو أخوان فشهد أحدهما على أخيه أنه عفا عن القود والمال سقط القود عن القاتل عدلا كان أو فاسقا لأن شهادته على أخيه تضمنت الاقرار بسقوط القود فأما الدية فإن نصيب الشاهد يثبت لأنه ما عفا عنه وأما نصيب المشهود عليه فإنه إن كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته حلف المشهود عليه أنه ما عفا ويستحق نصف الدية وإن كان ممن تقبل شهادته حلف القاتل معه ويسقط عنه حقه من الدية لأن ما طريقه المال يثبت بالشاهد واليمين وفى كيفية اليمين وجهان أحدهما أنه يحلف أنه قد عفا عن المال والثانى أنه يحلف أنه قد عفا عن القود والمال وهو ظاهر النص لأنه قد يعفو عن الدية ولا يسقط حقه منها وهو إذا قلنا إن قتل العمد لا يوجب غير القود فإذا عفا عن الدية كان ذلك كلا عفو فوجب أن يحلف أنه ما عفا عن القود والدية .

(فصل) وإن شهد شاهد أنه قال وكلتك وشهد آخر أنه قال أذنت لك أو أنت جريى لم تثبت الوكالة لأن شهادتهما لم تتفق على قول واحد وإن شهد أحدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه أذن له فى التصرف أو أنه سلطه على التصرف ثبتت الوكالة لأن

(قوله سرق كبشا) هو بالشين المعجمة والباء بواحدة . ومن قال كيسا بالياء باثنتين من تحتها والسين المهملة فقد أخطأ

أحدهما ذكر اللفظ والآخر ذكر المعنى ولم يخالفه الآخر إلا فى اللفظ .

(فصل) وإن شهد شاهدان على رجل أنه أعتق فى مرضه عبده سالما وقيمته ثلث ماله وشهد آخر أنه أعتق غانما وقيمته ثلث ماله فإن علم السابق منهما عتق ورق الآخر وإن لم يعلم ذلك ففيه قولان أحدهما أنه يقرع بينهما لأنه لا يمكن الجمع بينهما لأن الثلث لا يحتملهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فأقرع بينهما كما لو أعتق عبدين وعجز الثلث عنهما والقول الثانى أنه يعتق من كل واحد منهما النصف لأن السابق حر والثانى عبد فإذا أقرع بينهما لم يؤمن أن يخرج سهم الرق على السابق وهو حر فيسترق وسهم العتق على الثانى فيعتق وهو عبد فوجب أن يعتق من كل واحد منهما النصف لتساويهما كما لو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالثلث ولم يجز الورثة مازاد على الثلث فإن الثلث يقسم عليهما وإن شهد شاهدان على رجل أنه أوصى لرجل بثلث ماله وشهد آخران أنه رجع عن الوصية وأوصى لآخر بالثلث بطلت الوصية الأولى وصحت الوصية للثانى وإن ادعى رجل على رجلين أنهما رهنا عبدا لهما عنده بدين له عليهما فصدقه كل واحد منهما فى حق شريكه وكذبه فى حق نفسه ففيه وجهان أحدهما أنه لا تقبل شهادتهما لأنه يدعى أن كل واحد منهما كاذب والثانى تقبل شهادتهما ويحلف مع كل واحد منهما ويصير العبد رهنا عنده لأنه يجوز أن يكون قد نسى فلا يكون كذبه معلوما .

(باب الرجوع عن الشهادة)

إذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا عن الشهادة لم يخل إما أن يكون قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل الاستيفاء أو بعد الحكم وبعد الاستيفاء فإن كان قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم وحكى عن أبى ثور أنه قال يحكم وهذا خطأ لأنه يحتمل أن يكونوا صادقين فى الشهادة كاذبين فى الرجوع ويجوز أن يكونوا صادقين فى الرجوع كاذبين فى الشهادة ولم يحكم مع الشك كما لو جهل عدالة الشهود فإن رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فإن كان فى حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة والرجوع شبهة ظاهرة فلم يجز الاستيفاء بالشبهة معها وإن كان مالا أو عقدا فالمنصوص أنه يجوز الاستيفاء ومن أصحابنا من قال لا يجوز لأن الحكم غير مستقر قبل الاستيفاء وهذا خطأ لأن الحكم نفذ والشبهة لا تؤثر فيه فجاز الاستيفاء وإن رجعوا بعد الحكم والاستيفاء لم ينتقض الحكم ولا يجب على المشهود له رد ما أخذه لأنه يجوز أن يكونوا صادقين ويجوز أن يكونوا كاذبين وقد اقترن بأحد الجائزين الحكم والاستيفاء فلا ينقض برجوع محتمل .

(فصل) وإن شهدوا بما يوجب القتل ثم رجعوا نظرت فإن قالوا تعمدنا ليقتل بشهادتنا وجب عليهم القود لما روى الشعبى أن رجلين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه ثم أتياه برجل آخر فقالا إنا أخطأنا بالأول وهذا السارق فأبطل شهادتهما على الآخر وضمنهما دية يد الأول وقال لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما ولأنهما ألجآه إلى قتله بغير حق فلزمهما القود كما لو أكرهاه على قتله وإن قالوا تعمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة لما فيه من العمد ومؤجلة لما فيه من الخطأ فإن قالوا أخطأنا وجبت دية مخففة لأنه خطأ ولا تحمله العاقلة لأنها وجبت باعترافهم فإن اتفقوا أن بعضهم تعمد وبعضهم أخطأ وجب على المخطئ قسطه من الدية المخففة وعلى المتعمد قسطه من الدية المغلظة ولا يجب عليه القود لمشاركة المخطئ وإن اختلفوا فقال بعضهم تعمدنا كلنا وقال بعضهم أخطأنا كلنا وجب على المقر بعمد الجميع القود وعلى المقر بخطأ الجميع قسطه من الدية المخففة وإن كانوا أربعة شهدوا بالرجم فقال اثنان منهم تعمدنا وأخطأ هذان وقال الآخران تعمدنا وأخطأ الأولان ففيه قولان أحدهما أنه يجب القود على الجميع لأن كل واحد منهم أقر بالعمد وأضاف الخطأ إلى من أقر بالعمد فصاروا كما لو أقر جميعهم بالعمد والقول الثانى وهو الصحيح أنه لا قود على واحد منهم بل يجب على كل واحد منهم قسطه من الدية المغلظة لأنه لا يؤخذ كل واحد منهم إلا بإقراره وكل واحد منهم مقر بعمد شاركه فيه مخطىء فلا يجب عليه القود بإقرار غيره بالعمد وإن قال اثنان تعمدنا كلنا وقال الآخران تعمدنا وأخطأ الأولان فعلى الأولين القود وفى الآخرين القولان أحدهما يجب عليهما القود والثانى وهو الصحيح أنه يجب عليهما قسطهما من الدية المغلظة وقد مضى توجيههما وإن قال بعضهم تعمدت ولا أعلم حال الباقين فإن قال الباقون تعمدنا وجب القود على الجميع وإن قالوا أخطأنا سقط القود عن الجميع .

(فصل) فإن رجع بعضهم نظرت فإن لم يزد عددهم على عدد البينة بأن شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ثم رجع واحد منهم وقال أخطأت ضمن ربع الدية وإن رجع اثنان ضمنا نصف الدية وإن زاد عددهم على عدد البينة بأن شهد خمسة على رجل بالزنا فرجم ورجع واحد منهم لم يجب القود على الراجع لبقاء وجوب القتل على المشهود عليه وهل يجب عليه من الدية شيء فيه وجهان أحدهما وهو الصحيح أنه لا يجب لبقاء وجوب القتل والثانى أنه يجب عليه خمس الدية لأن الرجم حصل بشهادتهم فقسمت الدية على عددهم فإن رجع اثنان وقالا تعمدنا كلنا وجب عليهما القود وإن قالا أخطأنا كلنا ففى الدية وجهان أحدهما أنهما يضمنان الخمس من الدية اعتبارا بعددهم والثانى يضمنان ربع الدية لأنه بقى ثلاثة أرباع البينة :

(فصل) وإن شهد أربعة بالزنا على رجل وشهد اثنان بالإحصان فرجم ثم رجعوا كلهم عن الشهادة فهل يجب على شهود الإحصان ضمان فيه ثلاثة أوجه أحدها أنه لا يجب لأنهم لم يشهدوا بما يوجب القتل والثانى أنه يجب على الجميع لأن الرجم لم يستوف إلا بهم والثالث أنهما إن شهدا بالإحصان قبل ثبوت الزنا لم يضمنا لأنهما لم يثبتا إلا صفة وإن شهدا بعد ثبوت الزنا ضمنا لأن الرجم لم يستوف إلا بهما وفى قدر ما يضمنان من الدية وجهان أحدهما أنهما يضمنان نصف الدية لأنه رجم بنوعين من البينة الإحصان والزنا فقسمت الدية عليهما والثانى أنه يجب عليهما ثلث الدية لأنه رجم بشهادة ستة فوجب على الاثنين ثلث الدية وإن شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان منهم بالإحصان قبلت شهادتهما لأنهما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنهما ضررا فإن شهدوا فرجم المشهود عليه ثم رجعوا عن الشهادة فإن قلنا لا يجب الضمان على شهود الإحصان وجبت الدية عليهم أرباعا على كل واحد منهم ربعها وإن قلنا إنه يجب الضمان على شهود الإحصان ففى هذه المسألة وجهان أحدهما أنه لا يجب لأجل الشهادة بالإحصان شيء بل يجب على من شهد بالإحصان نصف الدية وعلى الآخرين نصفها لأن الرجوع عن الشهادة صار كالجناية فوجب على كل اثنين نصف الدية كأربعة أنفس جنى اثنان جنايتين وجنى اثنان أربعة جنايات والوجه الثانى أنه يجب الضمان لأجل الشهادة بالإحصان فإن قلنا يجب على شاهدى الإحصان نصف الدية وعلى شهود الزنا النصف وجب ههنا على الشاهدين بشهادتهما بالإحصان نصف الدية وقسم النصف بينهم نصفين على شاهدى الإحصان النصف وعلى الآخرين النصف فيصير على شاهدى الإحصان ثلاثة أرباع الدية وعلى الآخرين ربعها وإذا قلنا إنه يجب على شاهدى الإحصان ثلث الدية وجب ههنا عليهما الثلث بشهادتهما بالإحصان ويبقى الثلثان بينهم النصف على من شهد بالإحصان والنصف على الآخرين فيصير على من شهد بالإحصان ثلثا الدية وعلى من انفرد بشهادة الزنا ثلثها :

(فصل) وإن شهد على رجل أربعة بالزنا وشهد اثنان بتزكيتهم فرجم ثم بان أن الشهود كانوا عبيدا أو كفارا وجب الضمان على المزكيين لأن المرجوم قتل بغير حق ولا شيء على شهود الزنا لأنهم يقولون إنا شهدنا بالحق ولولى الدم أن يطالب من شاء من الإمام أو المزكيين لأن الإمام رجم المزكيين ألجأ، فإن طالب الإمام رجع على المزكيين لأنه رجمه بشهادتهما وإن طالب المزكيين لم يرجعا على الإمام لأنه كالآلة لهما :

(فصل) وإن شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده ثم رجعا عن الشهادة وجب عليهما قيمة العبد لأنهما أتلفاه عليه فلزمهما ضمانه كما لو قتلاه وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثم رجعا عن الشهادة فإن كان بعد الدخول وجب عليهما مهر المثل لأنهما أتلفا عليه مقوما فلزمهما ضمانه كما لو أتلفا عليه ماله وإن كان قبل الدخول ففيه طريقان ذكرناهما فى الرضاع :

(قوله بتزكيتهم) تزكية الشهود مدحهم والثناء عليهم يقال زكى فلان بينته أى مدحها . وزكى أى نمى صلاحه من زكى المال ويقال تطهيرهم من قوله تعالى «خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم» . وقوله تعالى «غلاما زكيا» أى طاهرا وقوله تعالى « مازكى منكم من أحد أبدا » أى ماطهر ؛

(فصل) وإن شهدا عليه بمال وحكم عليه ثم رجعا عن الشهادة فالمنصوص أنه لا يرجع على الشهود وقال فيمن في يده دار فأقر أنه غصبها من فلان ثم أقر أنه غصبها من آخر أنها تسلم إلى الأول بإقراره السابق وهل يجب عليه أن يغرم قيمتها للثاني فيه قولان ورجوع الشهود كرجوع المقر فمن أصحابنا من قال هو على قولين وهو قول أبي العباس أحدهما أنه يرجع على الشهود بالمغرم لأنهم حالوا بينه وبين ماله بعدوان وهو الشهادة فلزمهم الضمان والثاني أنه لا يرجع عليهم لأن العين لا تضمن إلا باليد أو بالاتلاف ولم يوجد من الشهود واحد منهما ومن أصحابنا من قال لا يرجع على الشهود قولا واحدا والفرق بينهم وبين الغاصب أن الغاصب ثبتت يده على المال بعدوان والشهود لم تثبت أيديهم على المال والصحيح أن المسألة على قولين والصحيح من القولين أنه يجب عليهم الضمان. فإن شهد رجل وامرأتان بالمال ثم رجعوا وجب على الرجل النصف وعلى كل امرأة الربع لأن كل امرأتين كالرجل وإن شهد ثلاثة رجال ثم رجعوا وجب على كل واحد منهم الثلث فإن رجع واحد وبقي اثنان ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه ضمان الثلث لأن المال يثبت بشهادة الجميع والثاني وهو المذهب أنه لا شيء عليه لأنه بقيت بينة يثبت بها المال فإن رجع آخر وجب عليه وعلى الأول ضمان النصف لأنه انحل نصف البينة وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا عن الشهادة وجب على الرجل ضمان السدس وعلى كل امرأة ضمان نصف السدس وقال أبو العباس يجب على الرجل ضمان النصف وعلى النسوة ضمان النصف لأن الرجل في المال بمنزلة نصف البينة فلزمه ضمان النصف والصحيح هو الأول لأن الرجل في المال بمنزلة امرأتين وكل امرأتين بمنزلة رجل فصاروا كستة رجال شهدوا ثم رجعوا فيكون حصة الرجل السدس وحصة كل امرأتين السدس وإن رجع ثماني نسوة لم يجب على الصحيح من المذهب عليهن شيء لأنه بقيت بينة ثبت بها الحق فإن رجعت أخرى وجب عليها وعلى الثماني ضمان الربع وإن رجعت أخرى وجب عليها وعلى التسع النصف :

(فصل) وإن شهد شاهد بحق ثم مات أو جن أو أغمي عليه قبل الحكم لم تبطل شهادته لأن ما حدث لا يوقع شبهة في الشهادة فلم يمنع الحكم بها وإن شهد ثم فسق قبل الحكم لم يجز الحكم بشهادته لأن الفسق يوقع شكا في عدالته عند الشهادة فمنع الحكم بها وإن شهد على رجل ثم صار عدوا له بأن قذفه المشهود عليه لم تبطل شهادته لأن هذه عداوة حدثت بعد الشهادة فلم تمنع من الحكم بها وإن شهد وحكم الحاكم بشهادته ثم فسق فإن كان في مال أو عقد لم يؤثر في الحكم لأنه يجوز أن يكون حادثا ويجوز أن يكون موجودا عند الشهادة فلا ينقض حكم نفذ بأمر محتمل وإن كان في حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لأن ذلك يوقع شبهة في الشهادة والحد والقصاص مما يسقطان بالشبهة لم يجز استيفاؤه مع الشبهة :

(فصل) وإن حكم بشهادة شاهد ثم بان أنه عبد أو كافر نقض الحكم لأنه تيقن الخطأ في حكمه فوجب نقضه كما لو حكم بالاجتهاد ثم وجد النص بخلافه وإن حكم بشهادة شاهد ثم قامت البينة أنه فاسق فإن لم تسند الفسق إلى حال الحكم لم ينقض الحكم لجواز أن يكون الفسق حدث بعد الحكم فلم ينقض الحكم مع الاحتمال وإن قامت البينة أنه كان فاسقا عند الحكم فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق رحمه الله ينقض الحكم قولا واحدا لأنه إذا نقض بشهادة العبد ولا نص في رد شهادته ولا إجماع فلأن ينقض بشهادة الفاسق وقد ثبت رد شهادته بالنص والاجماع أولى وقال أبو العباس رحمه الله فيه قولان أحدهما أنه ينقض لما ذكرناه والثاني أنه لا ينقض لأن فسقه ثبت بالبينة من جهة الظاهر فلا ينقض حكم نفذ في الظاهر والصحيح هو الأول لأن هذا يبطل به إذا حكم بالاجتهاد فيه ثم وجد النص بخلافه فإن النص ثبت من جهة الظاهر وهو خبر الواحد ثم ينقض به الحكم :

(فصل) وإذا نقض الحكم نظرت فإن كان المحكوم به قطعا أو قتلا وجب على الحاكم ضمانه لأنه لا يمكن إيجابه على الشهود لأنهم يقولون شهدنا بالحق ولا يمكن إيجابه على المشهود له لأنه يقول استوفيت حقي فوجب على الحاكم الذي حكم بالاتلاف ولم يبحث عن الشهادة وفي الموضع الذي يضمن قولان أحدهما في بيت المال والثاني على عاقلته وقد بيناه في الديات وإن كان المحكوم به مالا فإن كان باقيا في يد المحكوم له وجب عليه رده وإن كان تالفا وجب عليه ضمانه لأنه حصل في يده بغير حق ويخالف ضمان القطع والقتل حيث لم يوجب على المحكوم له لأن الجناية لا تضمن إلا أن تكون محرمة وبحكم الحاكم خرج عن أن يكون محرما فوجب على الحاكم دونه :

(فصل) ومن حكم له الحاكم بمال أو بضع أو غيرهما بيمين فاجرة أو شهادة زور لم يحل له ما حكم له به لما روت أم سلمة رضي الله عنها

عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إنكم تختصمون إلي وإنما أنا بشر ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بما أسمع وأظنه صادقا فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار فليأخذها أو ليدعها ولأنه يقطع بتحريم ما حكم له به فلم يحل له بحكمه كما لو حكم له بما يخالف النص والاجماع .

﴿كتاب الإقرار﴾

الحكم بالإقرار واجب لقوله صلى الله عليه وسلم يا أنيس اغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ولأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا والغامدية بإقرارهما ولأنه إذا وجب الحكم بالشهادة فلأن يجب بالإقرار وهو من الريبة أبعد وأولى .

(فصل) وإن كان المقر به حقا لآدمي أو حقا لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة والكفارة ودعت الحاجة إلى الإقرار به لزمه الإقرار به لقوله عز وجل «كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم» ولقوله تعالى «فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل» والاملال هو الاقرار فإن كان حقا لله تعالى يسقط بالشبهة فقد بيناه في كتاب الشهادات .

(فصل) ولا يصح الاقرار إلا من بالغ عاقل مختار فأما الصبي والمجنون فلا يصح إقرارهما لقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولأنه التزام حق بالقول فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع فإن أقر مراهق وادعى أنه غير بالغ فالقول قوله وعلى المقر له أن يقيم البينة على بلوغه ولا يحلف المقر لأنا حكمنا بأنه غير بالغ وأما السكران فإن كان سكره بسبب مباح فهو كالمجنون وإن كان بمعصية الله فعلى ما ذكرنا في الطلاق وأما المكره فلا يصح إقراره لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع ويصح إقرار السفيه والمفلس بالحد والقصاص لأنه غير متهم وأما إقراره بالمال فقد بيناه في الحجر والتفليس .

(فصل) ويصح إقرار العبد بالحد والقصاص لأن الحق عليه دون مولاه ولا يقبل إقرار المولى عليه في ذلك لأن المولى لا يملك من العبد إلا المال وإن جنى رجل على عبد جناية توجب القصاص أو قذفه قذفا يوجب التعزير ثبت القصاص والتعزير له وله المطالبة به

(قوله ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته) أي أفطن وأقوم بها يقال لحن يلحن لحنا بفتح الحاء إذا أصاب وفطن قالوا وأما اللحن بإسكان الحاء فهو الخطأ واللحن أيضا اللغة ومنه قول عمر رضي الله عنه: أبي أقرؤنا وإنا لنرغب عن كثير من لحنه أي لغته وكان يقرأ التابوه قال :

وقوم لهم لحن سوى لحن قومنا   وشكل وبيت الله لسنا نشاكله

واللحن أيضا التعريض والاشارة قال أبو زيد يقال لحنت له بالفتح لحنا إذا قلت له قولا يفهمه عنك ويخفى عن غيره ومنه قوله تعالى ولتعرفنهم في لحن القول قال ابن الأنباري معناه ولتعرفنهم في معنى القول . وقال العزيزي فحوى القول ومعناه . وقال الهروي في نحوه وقصده وأنشدوا للقتال الكلابي

وقد لحنت لكم لكيما تفهموا   ووحيت وحيا ليس بالمرتاب

(ومن كتاب الإقرار)

الاقرار إخبار عما قر وثبت وتقدم ومعناه الاعتراف وترك الانكار من استقر بالمكان إذا وقف فيه ولم يرتحل عنه . وقرار الماء وقرارته حيث ينتهي جريانه ويستقر قال عنترة:

جادت عليها كل بكر حرة   فتركن كل قرارة كالدرهم

(قوله قوامين بالقسط) أي بالعدل بكسر القاف وبفتحها الجور وقال آخر:

ليتهم أقسطوا إذا قسطوا   فالزمان قسط وقسط

(قوله فليملل وليه بالعدل) يقال أمل عليه بمعنى أملى وأمللت عليه الكتاب (قوله فإن أقر مراهق) يقال راهق الغلام فهو مراهق إذا قارب الاحتلام

والعفو عنه وليس للمولى المطالبة به ولا العفو عنه لأنه حق غير مال فكان له دون المولى ولا يقبل إقرار العبد بجناية الخطأ لأنه إيجاب مال في رقبته ويقبل إقرار المولى عليه لأنه إيجاب حق في ماله ويقبل إقرار العبد المأذون في دين المعاملة ويجب قضاؤه من المال الذي في يده لأن المولى سلطه عليه ولا يقبل إقرار غير المأذون في دين معاملة في الحال ويتبع به إذا عتق لأنه لا يمكن أخذه من رقبته لأنه لزمه برضى من له الحق وإن أقر بسرقة مال لا يجب فيه القطع كمال دون النصاب وما سرق من غير حرز وصدقه المولى وجب التسليم إن كان باقيا وتعلق برقبته إن كان تالفا لأنه لزمه بغير رضى صاحبه وإن كذبه المولى كان في ذمته يتبع به إذا عتق وإن وجب فيه القطع قطع لأنه غير متهم في إيجاب القطع وفي المال قولان واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاثة طرق أحدها وهو قول أبي إسحاق أنه إن كان المال في يده ففيه قولان أحدهما أنه يسلم إليه لأنه انتفت التهمة عنه في إيجاب القطع على نفسه والثاني أنه لا يسلم لأن يده كيد المولى فلم يقبل إقراره فيه كما لو كان المال في يد المولى وإن كان المال تالفا لم يقبل إقراره ولا يتعلق برقبته قولا واحدا لأن للغرم محلا يثبت فيه وهو ذمته والطريق الثاني وهو قول القاضي أبي حامد المروروذي رحمه الله إنه إن كان المال تالفا ففيه قولان أحدهما أنه يتعلق برقبته يباع فيه والثاني أنه لا يتعلق برقبته وإن كان باقيا لم يقبل إقراره قولا واحدا لأن يده كيد المولى فلم يقبل إقراره فيه كما لو أقر بسرقة مال في يد المولى والطريق الثالث وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن القولين في الحالين سواء كان المال باقيا أو تالفا لأن العبد وما في يده في حكم ما في يد المولى فإن قبل في أحدهما قبل في الآخر وإن رد في أحدهما رد في الآخر فلا معنى للفرق بينهما .

(فصل) وإن باع السيد عبده من نفسه فقد نص في الأم أنه يجوز وقال الربيع رحمه الله فيه قول آخر أنه لا يجوز واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة يجوز قولا واحدا وذهب القاضي أبو حامد المروروذي والشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمهما الله إلى أنها على قولين أحدهما أنه يجوز لأنه إذا جازت كتابته فلأن يجوز بيعه وهو أثبت والعتق فيه أسرع أولى والثاني أنه لا يجوز لأنه لا يجوز بيعه بما في يده لأنه للمولى ولا يجوز بمال في ذمته لأن المولى لا يثبت له مال في ذمة عبده فإذا قلنا إنه يجوز وهو الصحيح فأقر المولى أنه باعه من نفسه وأنكر العبد عتق بإقراره وحلف العبد أنه لم يشتر نفسه ولا يجب عليه الثمن .

(فصل) ويقبل إقرار المريض بالحد والقصاص لأنه غير متهم ويقبل إقراره بالمال لغير وارث لأنه غير متهم في حقه وإن أقر لرجل بدين في الصحة وأقر لآخر بدين في المرض وضاق المال عنهما قسم بينهما على قدر الدينين لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ولم يقدم أحدهما على الآخر كما لو أقر لهما في حال الصحة واختلف أصحابنا في إقراره للوارث فمنهم من قال فيه قولان أحدهما أنه لا يقبل لأنه إثبات مال للوارث بقوله من غير رضى الورثة فلم يصح من غير رضى سائر الورثة كالوصية والثاني أنه يقبل وهو الصحيح لأن من صح إقراره له في الصحة صح إقراره في المرض كالأجنبي ومن أصحابنا من قال يقبل إقراره قولا واحدا والقول الآخر حكاه عن غيره وإن كان وارثه أخا فأقر له بمال فلم يمت المقر حتى حدث له ابن صح إقراره للأخ قولا واحدا لأنه خرج عن أن يكون وارثا وإن أقر لأخيه وله ابن فلم يمت حتى مات الابن صار الاقرار للوارث فيكون على ما ذكرناه من الطريقين في الاقرار للوارث وإن ملك رجل أخاه ثم أقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته وهو أقرب عصبته بعد عتقه هل يرث أم لا إن قلنا إن الاقرار للوارث لا يصح لم يرث لأن توريثه يوجب إبطال الاقرار بحريته وإذا بطلت الحرية سقط الارث فثبتت الحرية وسقط الارث وإن قلنا إن الاقرار للوارث يصح نفذ العتق بإقراره وثبت الارث بنسبه .

(فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق المقر به فإن أقر لعبد بالنكاح أو القصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له صدقه السيد أو كذبه لأن الحق له دون المولى فإن أقر له بمال فإن قلنا إنه يملك المال صح الاقرار وإن قلنا إنه لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده .

(فصل) وإن أقر لحمل بمال فإن عزاه إلى إرث أو وصية صح الاقرار فإن أطلق ففيه قولان أحدهما أنه لا يصح لأنه

(قوله فإن عزاه إلى إرث) أي نسبه وأضافه وقد ذكر . وقوله مصنع . المصنع كالحوض يجمع فيه ماء المطر وكذلك المصنعة بضم النون هكذا ذكره الجوهري وحقيقته البركة . وحدث أبو الحسن اللؤلؤي وكان خيرا فاضلا قال كنت مولعا بالحج فحججت

لايثبت له الحق من جهة المعاملة ولا من جهة الجناية والثانى أنه يصح وهو الصحيح لأنه يجوز أن يملكه بوجه صحيح وهو الارث أو الوصية فصح الإقرار له مطلقا كالطفل ولا يصح الإقرار إلا لحمل يتيقن وجوده عند الإقرار كما بيناه فى كتاب الوصية وإن أقر لمسجد أو مصنع وعزاه إلى سبب صحيح من غلة وقف عليه صح الإقرار فإن أطلق ففيه وجهان بناء على القولين فى الإقرار للحمل :

(فصل) وإن أقر بحق لآدمى أو بحق لله تعالى لا يسقط بالشبهة ثم رجع فى إقراره لم يقبل رجوعه لأنه حق ثبت لغيره فلم يملك إسقاطه بغير رضاه وإن أقر بحق لله عز وجل يسقط بالشبهة نظرت فإن كان حد الزنا أو حد الشرب قبل رجوعه وقال أبو ثور رحمه الله لا يقبل لأنه حق ثبت بالإقرار فلم يسقط بالرجوع كالقصاص وحد القذف وهذا خطأ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال أتى رجل من أسلم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله إن الأخر زنى فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنحى لشق وجهه الذى أعرض عنه فقال يارسول الله إن الأخر زنى فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنحى لشق وجهه الذى أعرض عنه فقال يارسول الله إن الأخر زنى فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنحى له الرابعة فلما شهد على نفسه أربع مرات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هل بك جنون فقال لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه وكان قد أحصن فلو لم يسقط بالرجوع لما عرض له ويخالف القصاص وحد القذف فإن ذلك يجب لحق الآدمى وهذا يجب لحق الله تعالى وقد ندب فيه إلى الستر وإن كان حد السرقة أو قطع الطريق ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل فيه الرجوع لأنه حق يجب لصيانة حق الآدمى فلم يقبل فيه الرجوع عن الإقرار كحد القذف والثانى وهو الصحيح أنه يقبل لما روى أبو أمية المخزومى أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما إخالك سرقت فقال له مرتين أو ثلاثة ثم أمر بقطعه فلو لم يقبل فيه رجوعه لما عرض له ولأنه حق لله تعالى يقبل فيه الرجوع عن الإقرار كحد الزنا والشرب :

(فصل) وما قبل فيه الرجوع عن الإقرار إذا أقر به فالمستحب للامام أن يعرضه للرجوع لما رويناه من حديث أبى هريرة وحديث أبى أمية المخزومى فإن أقر فأقيم عليه بعض الحد ثم رجع عن الإقرار قبل لأنه إذا سقط بالرجوع جميع الحد سقط بعضه وإن وجد ألم الحد فهرب فالأولى أن يخلى لأنه ربما رجع عن الاقرار فيسقط عنه الحد وإن اتبع وأقيم عليه تمام الحد جاز لما روى الزهرى قال أخبرنى من سمع جابر بن عبد الله قال كنت فيمن رجم ماعزا فرجمناه فى المصلى بالمدينة فلما أذقته الحجارة تجمز حتى أدركناه بالحرة فرجمناه حتى مات فلو لم يجز ذلك لأنكر عليهم النبى صلى الله عليه وسلم وضمنهم ولأن الهرب ليس بصريح فى الرجوع فلم يسقط به الحد :

فى بعض السنين وعطشت عطشا شديدا فأجلست عديلى فى وسط المحمل ونزلت أطلب الماء والناس قد عطشوا فلم أزل أسأل رجلا رجلا ومحملا محملا معكم ماء وإذا الناس شرع واحد حتى صرت فى ساقة القافلة بميل أو ميلين فمررت بمصنع مصهرج فإذا رجل فقير جالس فى أرض المصنع وقد غرز عصاه فى أرض المصنع والماء ينبع من موضع العصا وهو يشرب فنزلت إليه فشربت حتى رويت وجئت إلى القافلة والناس قد نزلوا فأخرجت قربة ومضيت فملأتها ورآنى الناس فتبادروا بالقرب فرووا عن آخرهم فلما روى الناس وسارت القافلة جئت لأنظر فإذا البركة ملأى تلتطم أمواجها . والمصانع أيضا الحصون وقد فسر قوله تعالى «وتتخذون مصانع» قال مجاهد قصور مشيدة قال :

تركن ديارهم منهم قفارا وهدمن المصانع والبروجا

وقال قتادة هى برك الماء وقال لبيد :

بلينا وما تبلى النجوم الطوالع وتبقى جبال بعدنا ومصانع

وقوله إن الأخر زنى ذكر (قوله فتنحى لشق وجهه) أى أتاه من ناحيته الأخرى وقيل مال واعتمد وكذا الانتحاء الاعتماد والميل (قوله ما إخالك سرقت) أى ما أظنك يقال أخال بفتح الهمزة وإخال بكسرها والكسر أفصح والقياس الفتح (قوله فلما أذاقته الحجارة) أى أصابته بحدها والحجارة المذلقة المحدودة وذلق كل شىء حده وفلان ذلق اللسان حديد (قوله تجمز) أى عدا وأسرع . والجمز ضرب من السير أشد من العنق والناقة تعدو الجمزى :

(فصل) ومن أقر لرجل بمال فى يده فكذبه المقر له بطل الاقرار لأنه رده وفى المال وجهان أحدهما أنه يؤخذ منه ويحفظ لأنه لايدعيه والمقر له لايدعيه فوجب على الامام حفظه كالمال الضائع والثانى أنه لايؤخذ منه لأنه محكوم له بملكه فإذا رده المقر له بقى على ملكه :

(فصل) فإن أقر الزوج أن امرأته أخته من الرضاع وكذبته المرأة قبل قوله فى فسخ النكاح لأنه إقرار فى حق نفسه ولا يقبل إقراره فى إسقاط مهرها لأن قوله لايقبل فى حق غيره وإن أقرت المرأة أن الزوج أخوها من الرضاع وأنكر الزوج لم يقبل قولها فى فسخ النكاح لأنه إقرار فى حق غيرها وقبل قولها فى إسقاط المهر لأنه إقرار فى حق نفسها .

(فصل) وإن قال لرجل لى عندك ألف فقال لاأنكر لم يكن إقرارا لأنه يحتمل أن يريد أنى لاأنكر أنه مبطل فى دعواه وإن قال أقر لم يكن إقرارا لأنه وعد بالاقرار وإن قال لاأنكر أن تكون محقا لم يكن إقرارا لأنه يحتمل أنه يريد أنى لاأنكر أن تكون محقا فى اعتقاده وإن قال لاأنكر أن تكون محقا فى دعواك كان إقرارا لأنه يحتمل غير الاقرار وإن قال أنا مقر ففيه وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايينى رحمه الله أنه لايكون إقرارا لأنه يحتمل أنه يريد أنى مقر ببطلان دعواك والوجه الثانى أن يكون إقرارا لأنه جواب عن الدعوى فانصرف الاقرار إلى ماادعى عليه وإن قال لى عليك ألف فقال نعم أو أجل أو صدق أو لعمرى كان مقرا لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق وإن قال لعل أو عسى لم يكن إقرارا لأنها ألفاظ وضعت للشك والترجى وإن قال أظن أو أحسب أو أقدر لم يكن إقرارا لأن هذه الألفاظ تستعمل فى الشك وإن قال له على فى علمى كان إقرارا لأن ماعليه فى علمه لايحتمل إلا الوجوب وإن قال اقض الألف التى لى عليك فقال نعم كان إقرارا لأنه تصديق لما ادعاه وإن قال اشتر عبدى هذا فقال نعم أو أعطنى عبدى هذا فقال نعم كان إقرارا بالعبد لما ذكرناه وإن ادعى عليه ألفا فقال خذ أو اتزن لم يكن إقرارا لأنه يحتمل أنه أراد خذ الجواب منى أو اتزن إن كان ذلك على غيرى وإن قال خذها أو اتزنها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى عبد الله الزبيرى رحمه الله أنه يكون إقرارا لأن هاء الكناية ترجع إلى ماتقدم من الدعوى والثانى وهو قول عامة أصحابنا أنه لايكون إقرارا لأن هاء الصفات ترجع إلى المدعى به ولم يقر أنه واجب وإن قال وهى صحاح فقد قال أبو عبد الله الزبيرى إنه إقرار لأنها صفة للمدعى والاقرار بالصفة إقرار بالموصوف وقال عامة أصحابنا لايكون إقرارا لأن الصفة ترجع إلى المدعى ولا تقتضى الوجوب عليه وإن قال له على ألف إن شاء الله لم يلزمه شىء لأنه علق على مشيئة الله تعالى لاسبيل إلى معرفته وإن قال له على ألف إن شاء زيد أو له على ألف إن قدم فلان لم يلزمه شىء لأن مالا يلزمه لايصير واجبا عليه بوجود الشرط وإن قال إن شهد لك فلان وفلان بدينار فهما صادقان ففيه وجهان أحدهما أنه ليس بإقرار لأنه إقرار معلق على شرط فلم يصح كما لو قال إن شهد فلان على صدقته أو وزنت ولأن الشافعى رحمه الله تعالى قال إذا قال لفلان على ألف إن شهد بها على فلان وفلان لم يكن إقرارا فإن شهدا عليه وهما عدلان لزمه بالشهادة دون الاقرار والثانى وهو قول أبى العباس بن القاص أنه إقرار وإن لم يشهدا به وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى رحمه الله لأنه أخبر أنه إن شهدا به فهما صادقان ولا يجوز أن يكونا صادقين إلا والدينار واجب عليه لأنه لو لم يكن واجبا عليه لكان الشاهد به كاذبا فإذا قال يكون صادقا دل على أن المشهود به ثابت فصار كما لو شهد عليه رجل بدينار فقال صدق الشاهد ويخالف قوله إن شهد فلان صدقته أو وزنت لك لأنه قد يصدق الإنسان من ليس بصادق وقد يزن بقوله مالا يلزمه ويخالف ماقال الشافعى رحمه الله لفلان على ألف إن شهد به فلان وفلان لأن وجوب الألف لايجوز أن يتعلق بشهادة من يشهد عليه فإذا علق بشهادته دل على أنه غير واجب وههنا لم يعلق وجوب الدينار بالشهادة وإنما أخبر أن يكون صادقا وهذا تصريح بوجوب الدينار عليه فى الحال وإن كان قال له على ألف ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه لأنه أقر بالوجوب والأصل بقاؤه والثانى أنه لايلزمه لأنه أقر به فى زمان مضى فلا يلزمه فى الحال شىء وإن أقر أعجمى

(قوله فإن قال نعم أو أجل) قال الجوهرى قولهم أجل إنما هو جواب مثل نعم قال الأخفش إلا أنه أحسن من نعم فى التصديق ونعم أحسن منه فى الاستفهام فإذا قال أنت سوف تذهب قلت أجل وكان أحسن من نعم وإذا قال أتذهب قلت نعم وكان أحسن من أجل (قوله أو لعمرى) لعمرى ولعمرك قسم كأنه حلف ببقائه وحياته . والعمر والعمر واحد فإذا أدخلت اللام فتحت لاغير : ومعناه فى الاقرار كأنه أقسم بثبوته ولزومه عليه *

بالعربية أو عربي بالعجمية ثم ادعى أنه لم يعلم بما قال فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر مايدعيه ؛

(باب جامع الإقرار)

إذا قال لفلان على شيء طولب بالتفسير فإن امتنع عن التفسير جعل ناكلا ورد اليمين على المدعى وقضى له لأنه كالساكت عن جواب المدعى ومن أصحابنا من حكى فيه قولين أحدهما ما ذكرناه والثانى أنه يحبس حتى يفسر لأنه قد أقر بالحق وامتنع من أدائه فحبس وإن شهد شاهدان على رجل بمال مجهول ففيه وجهان أحدهما أنه يثبت بالحق كما يثبت بالإقرار ثم يطالب المشهود عليه كما يطالب المقر والثانى أنه لا يثبت الحق لأن البينة ما أبانت عن الحق وهذه ما أبانت عن الحق وإن أقر بشيء وفسره بما قل أو كثر من المال قبل لأن اسم الشيء يقع عليه وإن فسره بالخمر والخنزير أو الكلب أو السرجين أو جلد الميتة قبل الدباغ ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يقبل لأنه يقع عليه اسم الشيء والثانى أنه لا يقبل لأن الإقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذه الأشياء لا يجب ضمانها والثالث أنه إن فسره بالخمر والخنزير لم يقبل لأنه لا يجب تسليمه وإن فسره بالكلب والسرجين وجلد الميتة قبل الدباغ قبل لأنه يجب تسليمه وإن قال غصبتك أو غصبتك ما تعلم لم يلزمه شيء لأنه قد يغصبه نفسه فيحبسه وإن قال غصبتك شيئا ثم قال غصبتك نفسه لم يقبل لأن الإقرار يقتضى غصب شيء منه ويطالب بتفسير الشيء ؛

(فصل) وإن قال له على مال ففسره بما قل أو كثر قبل لأن اسم المال يقع عليه وإن قال له على مال عظيم أو كثير قبل فى تفسيره القليل والكثير لأن ما من مال إلا وهو عظيم وكثير بالإضافة إلى ما هو دونه ولأنه يحتمل أنه أراد به أنه عظيم أو كثير عنده لقلة ماله أو لفقر نفسه فإن قال له على أكثر من مال فلان قبل فى بيانه القليل والكثير لأنه يحتمل أنه يريد أنه أكثر من مال فلان لكونه من الحلال أو أكثر بقاء لكونه فى ذمته .

(فصل) وإن قال له على درهم لزمه درهم من دراهم الاسلام وهو ستة دوانق وزن كل عشرة سبعة مثاقيل فإن فسره بدرهم طبرى كطبرية الشام وهو الذى فيه أربعة دوانق فإن كان ذلك متصلا بالاقرار قبل منه كما لو قال له على درهم إلا دانقين وإن كان منفصلا نظرت فإن كان الاقرار فى غير الموضع الذى يتعامل فيه بالدراهم الطبرية لم يقبل كما لا يقبل الاستثناء المنفصل عن الجملة وإن كان فى الموضع الذى يتعامل فيه بالدراهم الطبرية ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص أنه يقبل لأن إطلاق الدراهم يحمل على دراهم البلد كما يحمل فى البيع على دراهم البيع والثانى أنه لا يقبل ويلزمه درهم من دراهم الاسلام لأنه إخبار عن وجوب سابق بخلاف البيع فإنه إيجاب فى الحال فحمل على دراهم الموضع الذى يجب فيه وإن قال له على درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لأنه درهم كبير فى العرف فإن فسره بما هو أكبر منه وهو الدرهم البغلى قبل منه لأنه يحتمل ذلك وهو غير متهم فيه وإن قال له على درهم صغير أو له على درهم لزمه درهم وازن لأنه هو المعروف فإن كان فى البلد دراهم صغار ففسره بها قبل لأنه محتمل اللفظ وإن قال له على مائة درهم عددا لزمه مائة وازنة عددها مائة لأن الدراهم تقتضى الوازنة وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما ؛

(فصل) وإن قال له على دراهم ففسرها بدراهم مزيفة لا فضة فيها لم يقبل لأن الدراهم لا تتناول ما لا فضة فيه وإن فسرها بدراهم مغشوشة فالحكم فيها كالحكم فيمن أقر بدراهم وفسرها بالدراهم الطبرية وقد بيناه وإن قال له على دراهم

(قوله على شيء) أنكر النكرات شيء لأنه يجمع المعرفة والنكرة والمذكر والمؤنث والموجود والمفقود فهو أحق الكلام فى التفسير (قوله ستة دوانق) جمع دانق وهو سدس الدرهم يقال دانق ودانق بفتح النون وكسرها وربما قالوا داناق كما قالوا للدرهم درهام (قوله الدرهم البغلى) وزنه ثمانية دوانق والدانق منه أربعة قراريط مشبه بالدرهم الذى يكون فى يد البغل . والدرهم البغلى والشهليلى كبيران . وقال بعض المشايخ لعله أن يكون نسب إلى بغلان بلد ببلخ كالنسب إلى البحرين يقال فيه بحرى على الصحيح (قوله فإن فسره بدراهم مزيفة) أى رديئة . قال ابن القوطية زافت الدراهم تزيف زيفا بارت . ولعله لرداءتها ودرهم زيف وزائف والجمع زيف مثل ناقص ونقص إذا لم تجز بأن تكون رصاصا أو نحاسا مغشوشا وزيفتها أنا (قوله بدراهم مغشوشة) مأخوذ من الغش بالكسر وهو ضد النصيحة وقيل مأخوذ من الغشش وهو المشرب الكدر قاله ابن الأنبارى

وفسرها بسكة دون سكة دراهم البلد الذى أقر فيه ولا تنقص عنها فى الوزن فالمنصوص أنه يقبل منه وقال المزنى لا يقبل منه لأن إطلاق الدراهم يقتضى سكة البلد كما يقتضى ذلك فى البيع وهذا خطأ لأن البيع إيجاب فى الحال فاعتبر الموضع الذى يجب فيه والاقرار إخبار عن وجوب سابق وذلك يختلف فرجع إليه :

(فصل) وإن أقر بدرهم فى وقت ثم أقر بدرهم فى وقت آخر لزمه درهم واحد لأنه إخبار فيجوز أن يكون ذلك خبرا عما أخبر به فى الأول ولهذا لو قال رأيت زيدا ثم قال رأيت زيدا لم يقتض أن يكون الثانى إخبارا عن رؤية ثانية وإن قال له على درهم من ثمن ثوب ثم قال له على درهم من ثمن عبد لزمه درهمان لأنه لا يحتمل أن يكون الثانى هو الأول وإن قال له على درهم ودرهم لزمه درهمان لأن الواو تقتضى أن يكون المعطوف غير المعطوف عليه وإن قال له على درهم ودرهمان لزمه ثلاثة دراهم لما ذكرناه وإن قال له على درهم فدرهم لزمه درهم واحد وإن قال لامرأته أنت طالق فطالق وقعت طلقتان. واختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو على بن خيران رحمه الله لا فرق بين المسئلتين فجعلهما على قولين ومنهم من قال يلزمه فى الاقرار درهم وفى الطلاق طلقتان والفرق بينهما أن الطلاق لا يدخله التفصيل والدراهم يدخلها التفصيل فيجوز أن يريد له على درهم فدرهم خير منه وإن قال له على درهم ودرهم ودرهم لزمه ثلاثة دراهم وإن قال أنت طالق وطالق وطالق ولم ينو شيئا ففيه قولان أحدهما أنه يقع طلقتان والثانى أنه يقع ثلاث طلقات فنقل أبو على بن خيران جوابه فى الطلاق إلى الاقرار وجعلهما على قولين ومن أصحابنا من قال يقع طلقتان فى أحد القولين وفى الاقرار يلزمه ثلاثة دراهم قولا واحدا لأن الطلاق يدخله التأكيد فحمل التكرار على التأكيد والاقرار لا يدخله التأكيد فحمل التكرار على العدد وإن قال له على درهم فوق درهم أو درهم تحت درهم لزمه درهم واحد لأنه يحتمل أن يكون فوق درهم أو تحت درهم فى الجودة ويحتمل فوق درهم أو تحت درهم لى فلم يلزمه زيادة مع الاحتمال وإن قال له على درهم مع درهم لزمه درهم لأنه يحتمل مع درهم لى فلم يلزمه ما زاد مع الاحتمال وإن قال له على درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان لأن قبل وبعد تستعمل فى التقديم والتأخير فى الوجوب وإن قال له على درهم فى عشرة فإن أراد الحساب لزمه عشرة لأن ضرب الواحد فى عشرة عشرة وإن لم يرد الحساب لزمه درهم لأنه يحتمل أن له على درهما مختلطا بعشرة لى وإن قال له على درهم بل درهم لزمه درهم لأنه لم يقر بأكثر من درهم وإن قال له على درهم بل درهمان لزمه درهمان وإن قال له على درهم بل دينار لزمه الدرهم والدينار والفرق بينهما أن قوله لى درهمان ليس برجوع عن الدرهم لأن الدرهم داخل فى الدرهمين وإنما قصد إلحاق الزيادة به وقوله بل دينار رجوع عن الدرهم وإقرار بالدينار فلم يقبل رجوعه عن الدرهم فلزمه وقبل إقراره بالدينار فلزمه وإن قال له على درهم أو دينار لزمه أحدهما وأخذ بتعيينه لأنه أقر بأحدهما وإن قال له على درهم فى دينار لزمه الدرهم ولا يلزمه الدينار لأنه يجوز أن يكون أراد فى دينار لى :

(فصل) وإن قال له على دراهم لزمه ثلاثة دراهم لأنه جمع وأقل الجمع ثلاثة وإن قال دراهم كثيرة لم يلزمه أكثر من ثلاثة لأنه يحتمل أنه أرادها كثيرة بالاضافة إلى ما دونها أو أراد أنها كثيرة فى نفسه وإن قال له على ما بين درهم إلى عشرة لزمه ثمانية لأن ما بينهما ثمانية وإن قال له على من درهم إلى عشرة ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه ثمانية لأن الأول والعاشر حدان فلم يدخلا فى الاقرار فلزمه ما بينهما والثانى أنه يلزمه تسعة لأن الواحد أول العدد وإذا قال من واحد كان ذلك إقرارا بالواحد وما بعده فلزمه والعاشر حد فلم يدخل فيه :

(فصل) وإن قال له على كذا رجع فى التفسير إليه لأنه أقر بمبهم فصار كما لو قال له على شىء وإن قال له على كذا درهم لزمه درهم لأنه فسر المبهم بالدرهم وإن قال له على كذا وكذا رجع فى التفسير إليه لأنه أقر بمبهم وأكده بالتكرار فرجع إليه كما لو قال له على كذا وإن قال له على كذا كذا درهما لزمه درهم لأنه فسر المبهم به وإن قال له على كذا وكذا رجع فى التفسير إليه لأنه أقر بمبهمين لأن العطف بالواو يقتضى أن يكون الثانى غير الأول فصار كما لو قال له على شىء وشىء وإن قال له على كذا وكذا درهم فقد

(قوله وفسرها بسكة) السكة الحديدة المنقوشة التى يطبع عليها أى يضرب وجمعها سكاك (قوله وإن قال على كذا وكذا) هو اسم مبهم الكاف للتشبيه وذا اسم إشارة تقول فعلت كذا وقد تجرى مجرى كم فتنصب ما بعده على التمييز ويقول عندى له كذا وكذا درهما لأنه كالكناية

وروى المزني فيه قولين أحدهما أنه يلزمه درهم والثاني يلزمه درهمان فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما أنه يلزمه درهمان لأنه ذكر مبهمين ثم فسر بالدرهم فرجع إلى كل واحد منهما والثاني أنه يلزمه درهم لأنه يجوز أن يكون فسر المبهمين بالدرهم لكل واحد منهما نصفا فلا يلزمه ما زاد مع الاحتمال وقال أبو إسحاق وعامة أصحابنا إذا قال كذا وكذا درهما بالنصب لزمه درهمان لأنه جعل الدرهم تفسيرا فرجع إلى كل واحد منهما وإن قال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم لأنه يخبر عن المبهمين بأنهما درهم وحمل القولين على هذين الحالين وقد نص الشافعي رحمه الله عليه في الإقرار والمواهب :

(فصل) وإن قال له على ألف رجع في البيان إليه وبأي جنس من المال فسره قبل منه وإن فسره بأجناس قبل منه لأنه يحتمل الجميع وإن قال له على ألف درهم لزمه درهم ورجع في تفسير الألف إليه، وقال أبو ثور يكون الجميع دراهم وهذا خطأ لأن العطف لا يقتضي أن يكون المعطوف من جنس المعطوف عليه لأنه قد يعطف الشيء على غير جنسه كما يعطف على جنسه ألا ترى أنه يجوز أن يقول رأيت رجلا وحمارا كما يجوز أن يقول رأيت رجلا ورجلا وإن قال له على مائة وخمسون درهما أوله على ألف وعشرة دراهم ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه خمسون درهما وعشرة دراهم ويرجع في تفسير المائة والألف إليه كما قلنا في قوله ألف ودرهم والثاني أنه يلزمه مائة درهم وخمسون درهما أو ألف درهم وعشرة دراهم والفرق بينها وبين قوله ألف ودرهم أن الدرهم المعطوف على الألف لم يذكره للتفسير وإنما ذكره للايجاب ولهذا يجب بزيادة على الألف والدراهم المذكورة بعد الخمسين والألف ذكرها للتفسير ولهذا لا يجب به زيادة على الخمسين والألف فجعل تفسيرا لما تقدم :

(فصل) وإذا قال لفلان على عشرة دراهم إلا درهما لزمه تسعة لأن الاستثناء لغة للعرب وعادة أهل اللسان وإن قال على عشرة إلا تسعة لزمه ما بقي لأن استثناء الأكثر من الجملة لغة العرب والدليل عليه قوله عز وجل «قال فبعزتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين» ثم قال عز وجل «إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين» فاستثنى الغاوين من العباد وإن كانوا أكثر وإن قال له على عشرة إلا عشرة لزمه عشرة لأن ما يرفع الجملة لا يعرف في الاستثناء فسقط وبقي المستثنى منه وإن قال له على مائة درهم إلا ثوبا وقيمة الثوب دون المائة لزمه الباقي لأن الاستثناء من غير جنس المستثنى منه لغة العرب والدليل عليه قوله تعالى «فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس» فاستثنى إبليس من الملائكة وليس منهم : قال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

فاستثنى اليعافير والعيس من الأنيس وإن لم يكن منهم وإن قال له على ألف إلا درهما ثم فسر الألف بجنس قيمته أكثر من درهم سقط الدرهم ولزمه الباقي وإن فسره بجنس قيمته درهم أو أقل ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه الجنس الذي فسر به الألف ويسقط الاستثناء لأنه استثناء يرفع جميع ما أقر به فسقط وبقي المقر به كما لو قال له على عشرة دراهم إلا عشرة دراهم والثاني أنه يطالب بتفسير الألف بجنس قيمته أكثر من درهم لأنه فسر إقرار المبهم بتفسير باطل فسقط التفسير لبطلانه وبقي الاقرار بالمبهم فلزمه تفسيره :

(فصل) وإن قال هؤلاء العبيد لفلان إلا واحدا طولب بالتعيين لأنه ثبت بقوله فرجع في بيانه إليه فإن ماتوا إلا واحدا منهم فقال الذي بقي هو المستثنى ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل لأنه يرفع به الإقرار فلم يقبل كما لو استثنى الجميع بقوله والثاني وهو المذهب أنه يقبل لأنه يحتمل أن يكون هو المستثنى فقبل قوله فيه ويخالف إذا استثنى الجميع بقوله لأنه رفع المقر به بقوله وههنا لم يرفع بالاستثناء إلا واحدا وإنما سقط في الباقي بالموت فصار كما لو أعتق واحدا منهم ثم ماتوا إلا واحدا وإن قتل الجميع إلا واحدا فقال الذي بقي هو المستثنى قبل وجها واحدا لأنه لا يسقط حكم الاقرار لأن المقر له يستحق قيمة المقتولين وإن قال

(قوله الاستثناء) مأخوذ من الثني وهو الكف والرد يقال حلف يمينا لا ثني فيها ولا مثنوية . وقيل إنه مأخوذ من أثناء الحبل وهي أعطافه كأنه رجوع عن الشيء وانعطاف إلى غيره (قوله وعادة أهل اللسان) أي أهل الفصاحة . واللسن بالتحريك الفصاحة وقد لسن بالكسر فهو لسن وألسن وقوله في بيت الشعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

أي رب بلدة الواو بمعنى رب . واليعافير جمع يعفور وهو ولد الظبية وولد البقرة الوحشية . وقال بعضهم اليعافير تيوس الظباء والعيس الابل البيض واحدها أعيس والأنثى عيساء بينة العيس ، وهو استثناء منقطع معناه الذي يقوم مقام الأنيس اليعافير والعيس

غصبت من فلان هؤلاء العبيد إلا واحدا منهم ثم ماتوا إلا واحدا منهم وقال المستثنى هو الذي في قبل وجها واحدا لأنه لا يسقط حكم الاقرار لأن المقر له بهم يستحق قيمتهم بالموت :

(فصل) وإن قال هذه الدار لفلان إلا هذا البيت لم يدخل البيت في الاقرار لأنه استثناه. إن قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي قبل لأنه أخرج بعض مادخل في الاقرار بلفظ متصل وصار كما لو استثناه بلفظ الاستثناء :

(فصل) وإن قال له هذه الدار هبة سكنى أو هبة عارية لم يكن إقرارا بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض مادخل في أوله وبقى البعض فصار كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها وله أن يمنعه من سكناها لأنها هبة منافع لم يتصل بها القبض فجاز له الرجوع فيها :

(فصل) وإن أقر رجل بمال في ظرف بأن قال له عندى زيت في جرة أو تبن في غرارة أو سيف في غمد أو فص في خاتم لزمه المال دون الظرف لأن الاقرار لم يتناول الظرف ويجوز أن يكون المال في ظرف للمقر وإن قال له عندى جرة فيها زيت أو غرارة فيها تبن أو غمد فيه سيف أو خاتم عليه فص لزمه الظرف دون مافيه لأنه لم يقر إلا بالظرف ويجوز أن يكون مافيه للمقر وإن قال له عندى خاتم لزمه الخاتم والفص لأن اسم الخاتم يجمعهما وإن قال له عندى ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه ومن أصحابنا من قال إن كان الطراز مركبا على الثوب بعد النسج ففيه وجهان أحدهما ماذكرناه والثانى أنه لا يدخل فيه لأنه متميز عنه وإن قال له في يدى دار مفروشة لزمه الدار دون الفرش لأنه يجوز أن تكون مفروشة بفرش للمقر وإن قال له عندى فرس عليه سرج لزمه الفرس دون السرج وإن قال له عندى عبد وعليه ثوب لزمه تسليم العبد والثوب والفرق بينهما أن العبد له يد على الثوب وما في يد العبد لمولاه والفرس لا يد له على السرج :

(فصل) وإن قال لفلان على ألف درهم ثم أحضر ألفا وقال هى التى أقررت بها وهى وديعة فقال المقر له هذه وديعة لى عنده والألف التى أقر بها دين لى عليه غير الوديعة ففيه قولان أحدهما أنه لا يقبل قوله لأن قوله على إخبار عن حق واجب عليه فإذا فسر بالوديعة فقد فسر بما لا يجب عليه فلم يقبل والثانى أنه يقبل لأن الوديعة عليه ردها وقد يجب عليه ضمانها إذا تلفت وإن قال له على ألف في ذمتى ثم فسر ذلك بالألف التى هى وديعة عنده وقال المقر له بل هى دين لى في ذمته غير الوديعة فإن قلنا في التى قبلها أنه لا يقبل قوله فههنا أولى أن لا يقبل وإن قلنا يقبل هناك قوله ففى هذه وجهان أحدهما أنه لا يقبل وهو الصحيح لأن الألف التى أقر بها في الذمة والعين لا تثبت في الذمة والثانى أنه يقبل لأنه يحتمل أنها في ذمتى لأنى تعديت فيها فيجب ضمانها في ذمتى وإن قال له على ألف ثم قال هى وديعة كانت عندى وظننت أنها باقية وقد هلكت لم يقبل قوله لأن الإقرار يقتضى وجوب ردها أو ضمانها والهالكة لا يجب ردها ولا ضمانها فلم يصح تفسير الاقرار بها :

(فصل) وإن قال له على ألف درهم وديعة دينا لزمه الألف لأن الوديعة قد يتعدى فيها فتصير دينا وإن قال له على ألف درهم عارية لزمه ضمانها لأن إعارة الدراهم تصح في أحد الوجهين فيجب ضمانها وفي الوجه الثانى لا تصح إعارتها فيجب ضمانها لأن ماوجب ضمانه في العقد الصحيح وجب ضمانه في العقد الفاسد :

(فصل) وإن قال له في هذا العبد ألف درهم أوله من هذا العبد ألف درهم ثم قال أردت أنه وزن في ثمنه ألف درهم ووزنت أنا ألف درهم في صفقة واحدة كان ذلك إقرارا بنصفه وإن قال اشترى ثلثه أو ربعه بألف في عقد واشتريت أنا الباقى بألف في عقد آخر قبل قوله لأن إقراره مبهم وما فسر به محتمل والعبد في يده فقبل قوله فيه وإن قال جنى عليه العبد جناية أرشها ألف درهم قبل قوله وله أن يبيع العبد ويدفع إليه الأرش وله أن يفديه وإن قال وصى له من ثمنه بألف درهم بيع

(قوله فص في خاتم) بفتح الفاء والعامة تكسره والجمع فصوص . وفي الخاتم ثلاث لغات . خاتم بالفتح وخاتم بالكسر وخاتام ومنهم من زاد لغة رابعة فقال خيتام (قوله ثوب مطرز) أى معلم والطراز علم الثوب فارسى معرب وقد طرزت الثوب فهو مطرز والطراز الهيئة قال حسان :

بيض الوجوه كريمة أحسابهم شم الأنوف من الطراز الأول

أى من النمط الأول (قوله مبهم) معنى المبهم في الاقرار وغيره الذى خفى معناه ولم يعلم : واستبهم الشىء خفى ومنه سميت البهيمة لاستعجامها : والليل البهيم الذى يخفى مافيه : وأسود بهيم لا بياض فيه :

ودفع إليه من ثمنه ألف درهم فإن أراد أن يدفع إليه ألفا من ماله لم يجز لأن بالوصية يتعين حقه فى ثمنه وإن قال العبد مرهون عنده بألف ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل لأن حق المرتهن فى الذمة لا فى العين والثانى وهو الصحيح أنه يقبل لأن المرتهن متعلق حقه بالذمة والعين .

(فصل) وإن قال له فى ميراث أبى ألف درهم لزمه تسليم ألف إليه وإن قال له فى ميراثى من أبى ألف درهم ثم قال أردت هبة قبل منه لأنه أضاف الميراث إلى نفسه فلا ينتقل ماله إلى غيره إلا من جهته وإن قال له فى هذا المال ألف درهم لزمه وإن قال له فى مالى هذا ألف درهم لم يلزمه لأن ماله لا يصير لغيره بإقراره .

(فصل) وإذا قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه لم يلزمه تسليم الألف لأن الأصل أنه لم يقبض المبيع فلا يلزمه تسليم ما فى مقابلته وإن قال له على ألف درهم ثم قال بعد ذلك من ثمن مبيع لم أقبضه لم يقبل لأنه لزمه الألف بإقراره فلم يقبل قوله فى إسقاطه .

(فصل) وإن أقر بحق ووصله بما يسقطه بأن أقر بأنه تكفل بنفس أو مال على أنه بالخيار أو أقر أن عليه لفلان ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير أو لفلان عليه ألف درهم قضاها ففيه قولان أحدهما أنه يلزمه ما أقر به ولا يقبل ما وصله به لأنه يسقط ما أقر به فلم يقبل كما لو قال له على عشرة إلا عشرة والثانى أنه لا يلزمه الحق لأنه يحتمل ما قاله فصار كما لو قال له على ألف إلا خمسمائة وإن قال له على ألف درهم مؤجلة ففيه طريقان من أصحابنا من قال هى على القولين لأن التأجيل كالقضاء ومنهم من قال يقبل قولا واحدا لأن التأجيل لا يسقط الحق وإنما يؤخره فهو كاستثناء بعض الجملة بخلاف القضاء فإنه يسقطه .

(فصل) وإن قال هذه الدار لزيد بل لعمرو أو قال غصبتها من زيد لا بل من عمرو حكم بها لزيد لأنه أقر له بها ولا يقبل قوله لعمرو لأنه رجوع عن الاقرار لزيد وهل يلزمه أن يغرم قيمتها لعمرو فيه قولان أحدهما أنه لا يلزمه لأن العين قائمة فلا يستحق قيمتها والثانى أنه يلزمه وهو الصحيح لأنه حال بينه وبين ماله فلزمه ضمانه كما لو أخذ ماله ورمى به فى البحر فإن قال غصبت هذا من أحد هذين الرجلين طولب بالتعيين فإن عين أحدهما فإن قلنا إنه إذا أقر به لأحدهما بعد الآخر غرم للثانى حلف لأنه إذا نكل غرم له وإن قلنا إنه لا يغرم للثانى لم يحلف لأنه لا فائدة فى تحليفه لأنه إذا نكل لم نقض عليه بشىء وإن كان فى يده دار فقال غصبتها من زيد وملكها لعمرو حكم بها لزيد لأنها فى يده فقبل إقراره بها ولا يقبل قوله إن ملكها لعمرو لأنه إقرار فى حق غيره ولا يغرم لعمرو شيئا لأنه لم يكن منه تفريط لأنه يجوز أن يكون ملكها لعمرو وهى فى يد زيد بإجارة أو رهن أو غصبها منه فأقر بها على ما هى عليه فأما إذا قال هذه الدار ملكها لعمرو وغصبها من زيد ففيه وجهان أحدهما أنها كالمسألة قبلها إذ لا فرق بين أن يتقدم ذكر الملك وبين أن يقدم ذكر الغصب والثانى أنها تسلم إلى زيد وهل يغرم لعمرو على قولين كما لو قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو .

(فصل) وإن أقر رجل على نفسه بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه فإن كان المقر به صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه لأنه أقر له بحق فثبت كما لو أقر له بمال فإن بلغ الصبى أو أفاق المجنون وأنكر النسب لم يسقط النسب لأنه نسب حكم بثبوته فلم يسقط برده وإن كان المقر به بالغا عاقلا لم يثبت إلا بتصديقه لأن له قولا صحيحا فاعتبر تصديقه فى الإقرار كما لو أقر له بمال وإن كان المقر به ميتا فإن كان صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه لأنه يقبل إقراره به إذا كان حيا فقبل إذا كان ميتا وإن كان عاقلا بالغا ففيه وجهان أحدهما أنه لا يثبت لأن نسب البالغ لا يثبت إلا بتصديقه وذلك معدوم بعد الموت والثانى أنه يثبت وهو الصحيح لأنه ليس له قول فثبت نسبه بالإقرار كالصبى والمجنون وإن أقر بنسب بالغ عاقل ثم رجع عن الإقرار وصدقه المقر له فى الرجوع ففيه وجهان أحدهما أنه يسقط النسب وهو قول أبى على الطبرى رحمه الله كما لو أقر له بمال ثم رجع فى الإقرار وصدقه المقر له فى الرجوع والثانى وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله أنه لا يسقط لأن النسب إذا ثبت لا يسقط بالاتفاق على نفيه كالنسب الثابت بالفراش

(فصل) وإن مات رجل وخلف ابنا فأقر على أبيه بنسب فإن كان لا يرثه بأن كان عبدا أو قاتلا أو كافرا والأب مسلم لم يقبل إقراره لأنه لا يقبل إقراره عليه بالمال فلا يقبل إقراره عليه فى النسب كالأجنبى وإن كان يرثه فأقر عليه بنسب لو أقر به الأب لحقه فإن كان قد نفاه الأب لم يثبت لأنه يحمل عليه نسبا حكم ببطلانه وإن لم ينفه الأب ثبت النسب بإقراره لما روت عائشة رضى الله عنها قالت

اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابن أمة زمعة فقال سعد بن أبي وقاص أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمعة وأقبضه فإنه ابنه وقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وإن مات وله ابنان فأقر أحدهما بنسب ابن وأنكر الآخر لم يثبت لأن النسب لا يتبعض فإذا لم يثبت في حق أحدهما لم يثبت في حق الآخر ولا يشاركهما في الميراث لأن الميراث فرع على النسب والنسب لم يثبت فلم يثبت الإرث وإن أقر أحد الابنين بزوجة لأبيه وأنكر الآخر ففيه وجهان أحدهما أنه لا تشارك بحصتها من حق المقر كما لا يشارك الابن إذا اختلف الوارثان في نسبه والثاني أنها تشارك بحصتها من حق المقر لأن المقر به حقها من الإرث لأن الزوجية زالت بالموت وإن مات وخلف بنتا فأقرت بنسب أخ لم يثبت النسب لأنها لا ترث جميع المال فان أقر معها الإمام ففيه وجهان أحدهما أنه يثبت لأن الإمام نافذ الإقرار في مال بيت المال والثاني أنه لا يثبت لأنه لا يملك المال بالإرث وإنما يملكه المسلمون وهم لا يتعينون فلم يثبت النسب وإن مات رجل وخلف ابنين عاقلا ومجنونا فأقر العاقل بنسب ابن آخر لم يثبت النسب لأنه لم يوجد الإقرار من جميع الورثة فان مات المجنون قبل الإفاقة فإن كان له وارث غير الأخ المقر قام وارثه مقامه في الإقرار وإن لم يكن له وارث غيره ثبت النسب لأنه صار جميع الورثة فإن خلف الميت ابنين فأقر أحدهما بنسب صغير وأنكر الآخر ثم مات المنكر فهل يثبت النسب فيه وجهان أحدهما أنه يثبت نسبه لأن المقر صار جميع الورثة والثاني أنه لا يثبت نسبه لأن تكذيب شريكه يبطل الحكم بنسبه فلم يثبت النسب كما لو أنكر الأب نسبه في حياته ثم أقر به الوارث وإن مات رجل وخلف ابنا وارثا فأقر بابن آخر بالغ عاقل وصدقه المقر له ثم أقرا معا بابن ثالث ثبت نسب الثالث فان قال الثالث إن الثاني ليس بأخ لنا ففيه وجهان أحدهما أنه لا يسقط نسب الثاني لأن الثالث ثبت نسبه بإقرار الأول والثاني فلا يجوز أن يسقط نسب الأصل بالفرع والثاني أنه يسقط نسبه وهو الأظهر لأن الثالث صار ابنا فاعتبر إقراره في ثبوت نسب الثاني وإن أقر الابن الوارث بأخوين في وقت واحد فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وميراثهما وإن كذب كل واحد منهما صاحبه لم يثبت نسب واحد منهما وإن صدق أحدهما صاحبه وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق دون المكذب وإن أقر الابن الوارث بنسب أحد التوأمين ثبت نسبهما وإن أقر بهما وكذب أحدهما الآخر لم يؤثر التكذيب في نسبهما لأنهما لا يفترقان في النسب.

(فصل) وإن كان بين المقر وبين المقر به واحد وهو حي لم يثبت النسب إلا بتصديقه وإن كان بينهما اثنان أو أكثر لم يثبت النسب إلا بتصديق من بينهما لأن النسب يتصل بالمقر من جهتهم فلا يثبت إلا بتصديقهم :

(فصل) وإن كان المقر به لا يحجب المقر عن الميراث ورث معه ما ورثه كما إذا أقر به الموروث وإن كان يحجب المقر مثل أن يموت الرجل ويخلف أخا فيقر الأخ بابن للميت أو يخلف الميت أخا من أب فيقر بأخ من الأب والأم ثبت له النسب ولم يرث لأنا لو أثبتنا له الارث أدى ذلك إلى إسقاط إرثه لأن توريثه يخرج المقر عن أن يكون وارثا وإذا خرج عن أن يكون وارثا بطل إقراره وسقط نسبه وميراثه فأثبتنا النسب وأسقطنا الارث وقال أبو العباس يرث المقر به ويحجب المقر لأنه لو كان حجبه يسقط إقراره لأنه إقرار من غير وارث لوجب أن لا يقبل إقرار ابن بابن آخر لأنه إقرار من بعض الورثة والنسب لا يثبت بإقرار بعض الورثة وهذا خطأ لأنه إنما يقبل إذا صدقه المقر به فيصير الاقرار من جميع الورثة.

(قوله وابن وليدة أبي) الوليدة الجارية قال حسان • وتغدو ولائدهم لنقف الحنظل • (قوله الولد للفراش) أي لمالك الفراش وهو الزوج أو لمالك الأمة لأنه يفترشها بالحق وهذا من مختصر الكلام وهو على حذف مضاف كقوله تعالى واسأل القرية أي أهل القرية . والفراش الزوجة يقال افترش فلان فلانة إذا تزوجها ويقال لامرأة الرجل هي فراشه وإزاره ولحافه (قوله وللعاهر الحجر) العاهر الزاني يقال عهر الرجل المرأة يعهر عهرا إذا أتاها بفجور. والعهر الزنا ، وفي الحديث اللهم أبدله بالعهر العفة . ومعنى وللعاهر الحجر أي لا شيء له في نسب الولد وإنما يستحق الحجر الذي لا ينتفع به أو يرمى بالحجر ويطرد وقول من قال إنه يرجم الحد بالحجر ليس بشيء لأنه ليس كل زان يجب رجمه وهذا كما قالوا في معنى له التراب أي لا شيء له . وروى أن أبا العيناء ولد له ولد وكان أعمى فأتاه الناس يهنئونه به فأتى الجماز في جماعتهم فوضع بين يديه حجرا ومضى ، فتكلم بذلك فقال أتدرون ما أراد لعنه الله قالوا لا قال أراد قول النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر

(فصل) وإن وصى للمريض بأبيه فقبله ومات عتق ولم يرث لأن توريثه يؤدي إلى إسقاط ميراثه وعتقه لأن عتقه في المرض وصية وتوريثه يمنع من الوصية والمنع من الوصية يوجب بطلان عتقه وإرثه فثبت العتق وسقط الارث وإن أعتق موسر جارية في مرضه وتزوجها ومات من مرضه لم ترثه لأن توريثها يبطل عتقها وميراثها لأن العتق في المرض وصية والوصية للوارث لا تصح وإذا بطل العتق بطل النكاح وإذا بطل النكاح سقط الارث فثبت العتق وسقط الارث وإن أعتق عبدين وصارا عدلين وادعى رجل على المعتق أن العبدين له وشهد العبدان بذلك لم تقبل شهادتهما لأن قبول شهادتهما يؤدي إلى إبطال الشهادة لأنه يبطل بها العتق فإذا بطل العتق بطلت الشهادة .

(فصل) وإن مات رجل وخلف أخاه فقدم رجل مجهول النسب وقال أنا ابن الميت فالقول قول الأخ مع يمينه لأن الأصل عدم النسب فإن نكل وحلف المدعي فإن قلنا إن يمين المدعي مع نكول المدعى عليه كالإقرار لم يرث كما لا يرث إذا أقر به وإن قلنا إنه كالبينة ورث كما يرث إذا أقام البينة .

(فصل) وإذا مات رجل ولا يعلم له وارث فجاء رجل وادعى أنه وارثه لم تسمع الدعوى حتى يبين سبب الارث لجواز أن يعتقد أنه وارث بسبب لا يورث به ولا يقبل قوله حتى يشهد له شاهدان من أهل الخبرة بحاله ويشهدان أنه وارثه ولا نعلم له وارثا سواه ويبينان سبب الارث كما يبين المدعي فإذا شهدا على ما ذكرناه حكم به لأن الظاهر مع هذه الشهادة أنه لا وارث له غيره وإن لم يكونا من أهل الخبرة أو كانا من أهل الخبرة ولكنهما لم يقولا ولا نعلم له وارثا سواه نظرت فإن كان المشهود له ممن له فرض لا ينقص أعطي اليقين فيعطى الزوج ربعا عائلا والزوجة ثمنا عائلا ويعطى الأبوان كل واحد منهما سدسا عائلا وإن كان ممن ليس له فرض وهو من عدا الزوجين والأبوين بعث الحاكم إلى البلاد التي دخلها الميت فإن لم يجدوا وارثا توقف حتى تمضي مدة لو كان له وارث ظهر وإن لم يظهر غيره فإن كان الوارث ممن لا يحجب بحال كالأب والابن دفعت التركة كلها إليه لأن البحث مع هذه الشهادة بمنزلة شهادة أهل الخبرة ويستحب أن يؤخذ منه كفيل بما يدفع إليه وإن كان المشهود له ممن يحجب كالجد والأخ والعم ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق أنه لا يدفع إليه إلا نصيبه لأنه يجوز أن يكون له وارث يحجبه فلم يدفع إليه أكثر منه والثاني وهو المذهب أنه يدفع إليه الجميع لأن البحث مع هذه البينة بمنزلة شهادة أهل الخبرة وهل يستحب أخذ الكفيل أو يجب فيه وجهان أحدهما أنه يستحب والثاني أنه واجب .

(فصل) وإن كان لرجل أمتان ولكل واحدة منهما ولد ولا زوج لواحدة منهما ولا أقر المولى بوطء واحدة منهما فقال أحد هذين الولدين ابني من أمتي طولب بالبيان فإن عين أحدهما لحقه نسبه وحكم بحريته ثم يسأل عن الاستيلاد فإن قال استولدتها في ملكي فالولد حر لا ولاء عليه لأنه لم يمسه رق وأمه أم ولد وإن قال استولدتها في نكاح عتق الولد بالملك وعليه الولاء لأنه مسه الرق وأمه مملوكة لأنها علقت منه بمملوك وترق الأمة الأخرى وولدها وإن ادعت أنها هي التي استولدها فالقول قول المولى مع يمينه لأن الأصل عدم الاستيلاد وإن مات قبل البيان وله وارث يحوز ميراثه قام مقامه في البيان لأنه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره فإن لم يعلم الوارث جهة الاستيلاد ففيه وجهان أحدهما أن الأمة لا تصير أم ولد لأن الأصل الرق فلا يزال بالاحتمال والثاني وهو المنصوص أنها تكون أم ولد لأن الظاهر من ولدها منها أنه استولدها في ملكه وإن لم يكن له وارث أو كان له وارث ولكنه لم يعين الولد عرض الولدان على القافة فإن ألحقت به أحد الولدين ثبت نسبه ويكون الحكم فيه كالحكم فيه إذا عينه الوارث وإن لم تكن قافة أو كانت ولم تعرف أو ألحقت الولدين به سقط حكم النسب لتعذر معرفته وأقرع بينهما لتمييز العتق لأن القرعة لها مدخل في تمييز العتق فإن خرجت القرعة على أحدهما عتق ولا يحكم لواحد منهما بالارث لأنه لم يتعين وهل يوقف ميراث ابن فيه وجهان أحدهما أنه يوقف وهو قول المزني رحمه الله لأنا نتيقن أن أحدهما ابن وارث والثاني أنه لا يوقف لأن الشيء إنما يوقف إذا رجي انكشافه وههنا لا يرجى انكشافه .

(فصل) وإن كان له أمة ولها ثلاثة أولاد ولا زوج لها ولا أقر المولى بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي أخذ بالبيان فإن عين الأصغر ثبت نسبه وحريته ثم يسأل عن جهة الاستيلاد فإن قال استولدتها في ملكي فالولد حر لا ولاء عليه والجارية أم ولد والولد الأكبر والأوسط مملوكان وإن قال استولدتها في نكاح ثم ملكها فقد عتق الولد بالملك وعليه الولاء لأنه مسه الرق وأمه أمة قن

والأكبر والأوسط مملوكان وإن عين الأوسط تعين نسبه وحريته ويسأل عن استيلاده فإن قال استولدتها فى ملكى فالولد حر الأصل وأمه أم ولد وأما الأصغر فهو ابن أم ولد وثبت لها حرمة الاستيلاد وهل يعتق بموته كأمه فيه وجهان أحدهما أنه يعتق لأنه ولد أم ولده والثانى أنه عبد قن لا يعتق بعتق أمه لجواز أن يكون عبدا قنا بأن أحبل أمه وهى مرهونة فثبت لها حرمة الاستيلاد فتباع على أحد القولين وإذا ملكها بعد ذلك صارت أم ولده وولده الذى اشتراه معها عبد قن فلا يعتق مع الاحتمال وإن قال استولدتها فى نكاح عتق الولد بالملك وعليه الولاء لأنه مسه الرق وأمه أمة قن والولدان الآخران مملوكان وإن عين الأكبر تعين نسبه وحريته ويسأل عن الاستيلاد فإن قال استولدتها فى ملكى فهو حر الأصل وأمه أم ولد والأوسط والأصغر على الوجهين وإن قال استولدتها فى نكاح فالولد حر وعليه الولاء والأمة قن والأوسط والأصغر مملوكان وإن مات قبل البيان وخلف ابنا يحوز الميراث قام مقامه فى التعيين فإن عين كان الحكم فيه على ما ذكرناه فى الموروث إذا عين وإن لم يكن له ابن أو كان له ولم يعين عرض على القافة فإن عينت القافة كان الحكم على ما ذكرناه وإن لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها أقرع بينهم لتمييز الحرية لأنها تتميز بالقرعة فإن خرجت على أحدها حكم بحريته ولا يثبت النسب لأن القرعة لا يتميز بها النسب وأما الأمة فإنه يبحث عن جهة استيلادها فإن كانت فى ملكه فهى أم ولده وإن كان فى نكاح فهى أمة قن وإن لم يعرف فعلى ما ذكرناه من الوجهين فلا يرث الابن الذى لم يتعين نسبه وهل يوقف له نصيب ابن أو يعطى الابن المعروف النسب حقه فيه وجهان أحدهما يوقف له ميراث ابن وهو قول المزنى رحمه الله والثانى وهو المذهب أنه لا يوقف له شىء بل تدفع التركة إلى المعروف النسب وقد بينا ذلك فيما تقدم .

(فصل) وإن مات رجل وخلف ابنين فأقر أحدهما على أبيه بدين وأنكر الآخر نظرت فإن كان المقر عدلا جاز أن يقضى بشهادته مع شاهد آخر أو مع امرأتين أو مع يمين المدعى وإن لم يكن عدلا حلف المنكر ولم يلزمه شىء وأما المقر ففيه قولان أحدهما أنه يلزمه جميع الدين فى حصته لأن الدين قد يتعلق ببعض التركة إذا هلك بعضها كما يتعلق بجميعها فوجب قضاؤه من حصة المقر والقول الثانى وهو الصحيح أنه لا يلزمه من الدين إلا بقدر حصته لأنه لو لزمه بالإقرار جميع الدين لم تقبل شهادته بالدين لأنه يدفع بهذه الشهادة عن نفسه ضررا ، والله أعلم .

بحمد الله وحسن توفيقه تم طبع

المهذب

لأبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى

وبذيل صحائفه

النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن بطال الركبى

مصححا بمعرفة لجنة التصحيح بمطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر

(فهرست الجزء الثانى من كتاب المهذب)

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

(تمت)